



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

RITA DE CASTRO HERMES MEIRA LIMA

**AFETO, DEVER DE CUIDADO E DIREITO: estudo sobre a
coerência dos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil
por abandono afetivo e os limites da jurisdição**

BRASÍLIA

2016

RITA DE CASTRO HERMES MEIRA LIMA

**AFETO, DEVER DE CUIDADO E DIREITO: estudo sobre a
coerência dos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil
por abandono afetivo e os limites da jurisdição**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
programa de Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.**

**Orientadores: Dr Hector Valverde Santana e Dr.
Roberto Freitas Filho**

BRASÍLIA

2016

Lima, Rita de Castro Hermes Meira.

AFETO, DEVER DE CUIDADO E DIREITO: estudo sobre a coerência dos fundamentos jurídicos da responsabilidade civil por abandono afetivo e os limites da jurisdição./ Rita de Castro Hermes Meira Lima. Brasília, 2016.

152 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília, 2016.
Programa de Mestrado em Direito. Orientadores: Doutores.
Hector Valverde Santana e Roberto Freitas Filho.

1. Teoria da argumentação. 2. Responsabilidade civil por abandono afetivo.
3. Dever de cuidado. 4. Coerência das decisões judiciais. 5. Expansão da jurisdição.

RITA DE CASTRO HERMES MEIRA LIMA

**AFETO, DEVER DE CUIDADO E DIREITO: estudo sobre a coerência dos
fundamentos jurídicos da responsabilidade civil por abandono afetivo e
os limites da jurisdição**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito pelo
programa de Mestrado em Direito do Centro
Universitário de Brasília.**

**Orientadores: Doutores Hector Valverde Santana
e Roberto Freitas Filho**

Brasília-DF, de de 2016.

Banca Examinadora:

Prof Dr Hector Valverde Santana
Orientador

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho
Coorientador – Membro Externo

Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva

Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes

AGRADECIMENTO

O presente trabalho é fruto do valioso estímulo dos professores orientadores, Hector Valverde Santana e Roberto Freitas Filho, e contou com o generoso auxílio do professor Pablo Malheiros da Cunha Frota. Cada um, a seu modo, despertou inspiração e motivação para que a presente pesquisa pudesse ser concluída.

Aos colegas da Defensoria Pública, dedico minha gratidão por terem assumido minhas funções durante os meses de licença, imprescindíveis para a elaboração desta dissertação. Devo um agradecimento especial ao colega Clayton Ribeiro de Souza, com quem pude contar não apenas durante minha ausência na instituição, mas também para compartilhar as angústias da pesquisa. Agradeço, ainda, a pesquisadora Sueny Chayane da Silva Santos, por superar minhas expectativas no auxílio à pesquisa empírica.

Por fim, agradeço profundamente o apoio e a compreensão de meus familiares, especialmente de meu companheiro, Danilo Leite, principal responsável pelo acalento nos momentos de tensão ao longo dos últimos anos de estudo.

RESUMO

O presente trabalho propõe a análise dos fundamentos jurídicos acerca da responsabilidade civil por abandono afetivo praticado por pais contra filhos, no âmbito da doutrina jurídica e de julgados nacionais. A ideia de dever de cuidado ganhou força entre os juristas brasileiros, o que levou a autora a questionar a possibilidade de garantia da universalidade, consistência e da coerência das decisões jurídicas sobre o tema. A dissertação expõe dados da pesquisa empírica de julgados nacionais, publicados entre janeiro de 2004 e dezembro de 2014, cujo debate repousou sobre o dever de reparar o dano moral em casos de abandono afetivo. A pesquisa identificou os principais fundamentos utilizados pelos julgadores para se considerar ou não admissível a tese da responsabilidade civil pelo abandono afetivo e correlacionou-os com os fundamentos sobre o tema encontrados na doutrina jurídica. A partir desses dados, realizou-se a análise da qualidade dos argumentos identificados, a partir da concepção de universalidade, coerência e coesão das decisões judiciais. Concluiu-se que os argumentos centrais que sustentam a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo não atendem a tais pressupostos, o que põe em risco a racionalidade das decisões jurídicas. Observou-se que o discurso utilizado pelos juristas que apoiam a tese do dever de cuidado naturaliza a expansão da jurisdição de modo a admitir a interferência do Estado na esfera das relações íntimas de afeto, o que pode ser pernicioso.

Palavras-Chave: Abandono afetivo. Dever de cuidado. Universalidade. Coerência. Coesão. Expansão da jurisdição.

ABSTRACT

This work addresses the analysis of arguments utilized by jurists about torts in cases of affective abandonment practiced by parents against their offspring, within Brazilian legal doctrine and judges. The idea of duty of care increased in Brazilian legal studies and judicial cases, which lead the author to question the universalizability, consistency, coherence of judicial reasoning about this subject. This dissertation exposes data from empiric research on Brazilian courts decisions that debate the obligation to repair moral damages in cases of affective abandonment, published between January 2004 and December 2014. The research identified the grounds used by judges to justify the admission or the rejection of torts in cases of affective abandonment in correlation with the justification found in Brazilian legal doctrine. From this data, the quality of the justification was analyzed, grounded in the conception of universalizability, consistency and coherence of legal decisions. It was concluded that the main arguments that give ground to the idea of torts in cases of affective abandonment do not exhibit the qualities in matter, which jeopardizes the rationality of legal decisions. It was observed that the grounds utilized by jurists who support the idea of duty of care facilitates the vision according to which the expansion of jurisdiction is natural, so that it admits the interference of State in intimate relationships, which can be pernicious.

Palavras-Chave: Affective abandonment. Duty of care. Universalizability. Consistency. Coherence. Expansion of jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1. CAPÍTULO 1: O PODER JUDICIÁRIO E O ABANDONO AFETIVO.....	9
1.1. Pesquisa empírica.....	9
1.1.1. <i>Metodologia utilizada</i>	<i>9</i>
1.1.2. <i>Primeiros dados da pesquisa exploratória</i>	<i>12</i>
1.1.3. <i>Segunda etapa: seleção dos julgados</i>	<i>15</i>
1.2. Julgados do Superior Tribunal de Justiça	16
1.2.1. <i>Caso 1 – Recurso Especial 757.411/MG</i>	<i>16</i>
1.2.2. <i>O Recurso Especial 514.305/SP</i>	<i>20</i>
1.2.3. <i>Caso 2 – Recurso Especial 1.159.242/SP</i>	<i>22</i>
1.2.4. <i>O Recurso Especial 1.298.576/RJ</i>	<i>29</i>
1.3. Julgados dos Tribunais de Justiça.....	29
1.4. Identificação dos fundamentos.....	32
1.4.1. <i>Julgados desfavoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo</i>	<i>32</i>
1.4.2. <i>Julgados favoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo.....</i>	<i>37</i>
2. CAPÍTULO 2: O DISCURSO SUBJACENTE AO DEVER DE CUIDADO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO	43
2.1. Elementos do discurso contemporâneo	43
2.1.1. <i>Dignidade da pessoa humana</i>	<i>43</i>
2.1.2. <i>Direito Civil Constitucional</i>	<i>50</i>
2.2. De obrigação moral à jurídica: a mudança de percepção dos deveres parentais	54
2.2.1. <i>A doutrina civilista do Século XX</i>	<i>54</i>
2.2.2. <i>Doutrina contemporânea: dever de convivência</i>	<i>57</i>
2.3. A expansão da jurisdição como resultado do discurso jurídico atual ..	60
2.3.1. <i>O risco do decisionismo</i>	<i>61</i>
2.3.2. <i>Limites para a expansão: breve reflexão</i>	<i>62</i>
3. CAPÍTULO 3: ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO.....	66
3.1. A formulação do dever jurídico.....	66
3.2. Universalidade, coesão e o dever jurídico de cuidado	70
3.3. Dever de cuidado e dever de amar	78
3.4. A regulação do comportamento humano e a necessidade de limites para o Direito	83

3.5. O problema do melhor interesse da criança.....	86
4. CAPÍTULO 4: CAMPO, <i>HABITUS</i> E O DIREITO	92
4.1. Reflexões sobre a figura paterna e normatividade	92
4.2. O poder simbólico do campo jurídico	96
4.3. A legitimação da expansão do campo jurídico	100
4.4. Mais sobre a importância de limites para o Direito.....	103
CONCLUSÃO	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	121
TABELA DE JULGADOS	126

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça, em abril de 2012, no julgamento do Recurso Especial 1.159.242/SP, confirmou acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e condenou um pai no dever de pagar compensação por dano moral em razão do abandono afetivo praticado por ele contra sua filha.

A decisão foi comemorada por parte da sociedade civil. A título de exemplo da repercussão do tema na sociedade, cita-se o perfil criado na rede social “Facebook”, intitulado “Abandono Afetivo Oficial” <https://www.facebook.com/AbandonoAfetivoOficial>; além dos artigos publicados na revista virtual “era – Ética e Realidade Atual” <http://era.org.br/2012/12/como-definir-o-efetivo-abandono-afetivo/>; <http://era.org.br/2012/06/stj-e-o-abandono-afetivo/> e o sítio eletrônico nominado “Mamães Por Direitos” <http://mamaespordireitos.blogspot.com.br/2013/07/serie-mtcca-tema-3-abandono-afetivo.html>).

Uma parcela de juristas também endossou o precedente, o que causou inquietude na autora, atuante, à época, como Defensora Pública junto às Varas Cíveis, de Família e de Órfãos e Sucessões da circunscrição judiciária de Brasília. Durante o atendimento e orientação dos assistidos, era dito que o amparo moral e afetivo entre membros de uma família era consequência de um vínculo formado espontaneamente, fruto da expressão de sentimentos íntimos dos envolvidos, fenômeno que não poderia ser apreendido pelo ordenamento jurídico. Dizia-se que, ainda que se pudesse considerar uma grave falta moral, a omissão do dever de prestar assistência afetiva entre os membros da família não era albergada pelo ordenamento jurídico. A inquietude causada pelo julgado incitou a presente pesquisa.

O estudo da responsabilidade civil em face do abandono afetivo tem relevância na medida em que, de acordo com o Censo Demográfico de 2010, as famílias brasileiras têm cada vez mais apresentado formas diversificadas de constituição, afastando-se do modelo clássico par parental-filhos. Embora esta fórmula tradicional de família seja ainda a mais comum, a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística aponta que a família constituída pela mãe e filhos cresceu ao longo da década 2000-2010, fato este também verificado entre 1992 e 2002 (como

pode ser observado pelas pesquisas: ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/censo_fam_dom.pdf e <http://teen.ibge.gov.br/biblioteca/livros-on-line/274-teen/mao-na-roda/1770-a-familia-brasileira>).

O aumento do índice de separações e dos novos arranjos familiares é característica da sociedade contemporânea, na qual a concepção de família indissolúvel, fruto de preceitos morais e/ou religiosos mais rígidos, perdeu espaço.

A persente pesquisa observou que os casos levados ao Poder Judiciário que envolvem o tema do abandono afetivo paterno-filial tratam, majoritariamente, de famílias monoparentais. É possível inferir que o abandono afetivo se desenvolve, via de regra, quando há a separação do par parental. Com a separação dos pais, aquele que não detém a guarda da prole comum pode tender a dela se afastar na medida em que forma novo núcleo familiar.

Associada às características da família contemporânea, observa-se a busca pela felicidade individual como um valor apregoado pela sociedade atual. A referida busca pode conduzir à quebra de conceitos tradicionais associados à ideia de indissolubilidade da família. A jornada em prol da realização pessoal pode significar, para alguns, a necessidade de flexibilização dos laços familiares, tornando-os mais tênues, passageiros e sujeitos a rearranjos quando necessário.

A ideia de que o amor pelos filhos é inato, com origem na própria natureza humana, e não uma construção psicossocial contrasta com a percepção do comportamento de muitos pais e mães, os quais, de uma maneira ou de outra (variando desde a entrega do filho para adoção até a prática do que se tem por abandono afetivo), não manifestam o afeto socialmente esperado por sua prole.

O distanciamento afetivo entre pais e filhos tem despertado preocupação na sociedade brasileira, a ponto de já haver projeto de lei que intenta criminalizar a prática de abandono afetivo (Projeto de Lei do Senado n. 700, de 2007). Há também quem defenda outro contorno do abandono afetivo: fala-se em abandono afetivo inverso, ou seja, aquele praticado pelos filhos contra os pais, posicionamento defendido, por exemplo, por parcela do Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM.

Observa-se que o tema é de alta relevância e provoca discussão em diversos ramos da sociedade brasileira, o que desafia os juristas a enfrentarem a repercussão

do fenômeno conhecido como abandono afetivo no ordenamento jurídico. Antes, o reconhecimento judicial da convivência como um dever parental era tímido. O termo afetividade não compunha a linguagem da doutrina jurídica, tampouco era visto em julgados sobre o Direito de Família.

A percepção, por parte dos juristas, da nova realidade dos arranjos familiares, pode ter impulsionado o debate acerca do papel da afetividade no ordenamento jurídico. O termo começa a ser utilizado como traço característico de uma unidade familiar, o que atrairia a proteção jurídica de relações antes não reguladas pela lei. O reconhecimento dos direitos dos membros da união estável (antiga sociedade de fato) teve por fundamento, dentre outros, o fato de que aquela entidade deveria ser compreendida a partir de seus traços mais característicos: o afeto e o desejo de comunhão de vida entre os membros. Por essa razão, por exemplo, a partilha do patrimônio era assegurada aos membros desta unidade familiar.

O discurso em torno da afetividade, atualmente, tem outros contornos na doutrina jurídica e perante as cortes nacionais. A afetividade deixou de ser compreendida somente como uma característica da unidade familiar para se tornar um princípio do Direito de Família e, para alguns, um dever. A presente pesquisa observou que o tema da afetividade como um dever jurídico se mostrou cada vez mais presente ao longo de um período de dez anos, de acordo com o levantamento de dados feito junto ao Superior Tribunal de Justiça e aos Tribunais de Justiça.

A autora identificou, a partir da leitura do Recurso Especial 1.159.242/SP, possíveis problemas de pesquisa: Quais atos configurariam o abandono afetivo? Em que consiste o dever de cuidado? Como ele se difere do dever de amar? Como se dá o adimplemento da obrigação de cuidar? Esses questionamentos conduziram à análise mais aprofundada dos fundamentos utilizados pelos julgadores no caso em comento.

Observou-se que a resposta a tais questões passaria pelo estudo da mudança de discurso e postura dos operadores jurídicos, bem como da coerência e da racionalidade dos fundamentos por eles utilizados, e não prescinde da reflexão acerca dos limites da jurisdição.

A hipótese do presente trabalho é que não foram utilizados bons fundamentos (coerentes e consistentes) para sustentar a tese da responsabilidade civil por

abandono afetivo – embora se entenda que parte dos fundamentos apresentados para negar essa tese também carecem de qualidade. A imposição do dever de cuidado como uma obrigação jurídica, além de não observar preceitos fundamentais para assegurar uma argumentação de qualidade, indicam que há uma expansão do campo jurídico para relações antes não afetadas pela norma legal.

O estudo pretende analisar a qualidade dos argumentos apresentados sobre o tema responsabilidade civil por abandono afetivo adotando como referencial teórico a obra de Neil McCormick, Robert Alexy e Chaïm Perelman. O problema central de investigação será o padrão decisório e discursivo que envolve o debate sobre o abandono afetivo em âmbito nacional. A partir desta investigação, pretende-se refletir sobre as consequências práticas de se admitir a responsabilidade civil por abandono afetivo.

A pesquisa teve início com o levantamento de julgados que tratavam sobre o tema responsabilidade civil por abandono afetivo, no período compreendido entre janeiro de 2004 e dezembro de 2014. Foram encontrados julgados junto ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais de Justiça (não foi identificado, durante o período de levantamento de dados, julgado sobre o tema junto ao Supremo Tribunal Federal). Nesta primeira fase, a autora contou com o auxílio da pesquisadora Sueny Chayane da Silva Santos para catalogar os julgados encontrados de acordo com o Tribunal julgador e o entendimento vencedor de cada caso.

Após a descrição dos dados da pesquisa, passou-se a identificação dos fundamentos utilizados pelos magistrados, tanto para acolher quanto para negar a tese da responsabilidade civil em tais casos.

A partir da Metodologia de Análise de Decisões (MAD), operou-se a seleção e catalogação de 245 julgados que tratavam do problema pesquisado, os quais foram divididos em categorias intituladas “Admissível” ou “Inadmissível” – de acordo com a tese vencedora em cada caso. Os dados são apresentados, no Capítulo 1, também por meio de tabelas e gráficos, a fim de facilitar a visão do leitor acerca do quantitativo de recursos sobre o tema, bem como de sua evolução ao longo dos dez anos pesquisados.

Optou-se pela transcrição literal dos trechos dos julgados selecionados para análise, a fim de assegurar transparência na pesquisa e permitir que o leitor formule

o seu próprio juízo crítico acerca da interpretação dada nesta pesquisa, evitando-se, desse modo, eventual distorção entre o texto original e a interpretação deste conferida pela autora. As notas de rodapé que fazem referência às transcrições dos trechos dos julgados, em sua maioria, contam apenas com a indicação do Tribunal julgador e o número do recurso, preferência estética adotada pela autora para se evitar a poluição visual do trabalho. A citação completa de todos os julgados pesquisados consta ao final do trabalho, após a referência bibliográfica.

Observou-se a influência do discurso da dignidade da pessoa humana e do Direito Civil Constitucional nos fundamentos expostos pelos julgados selecionados e identificados como adeptos à tese da responsabilidade civil por abandono afetivo. Isso levou a descrever, no Capítulo 2, o discurso da doutrina jurídica de Direito de Família, comparando a visão de autores contemporâneos e do Século XX, no intuito de observar se, tal qual ocorreu com os julgados pesquisados, há uma tendência ao reconhecimento da afetividade como um valor jurídico entre os doutrinadores nacionais. O objetivo da descrição do discurso da doutrina jurídica nacional sobre o tema é observar se há uma correlação entre os fundamentos utilizados pelos julgadores e os sustentados pela doutrina.

Identificados os principais elementos do discurso jurídico que conduziu à adoção da tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, é necessário que estes tenham a sua qualidade analisada, o que será realizado no Capítulo 3.

Inicialmente, o estudo porá em foco a qualidade da fundamentação adotada pelos julgadores sob o ponto de vista formal, a fim de verificar se, ao formular o dever jurídico de cuidado, os julgadores observaram os critérios de coerência e coesão, a partir dos conceitos apresentados pelos autores escolhidos. Para tanto, serão feitas considerações sobre a forma de criação de regras jurídicas em geral, as quais devem ser dotadas de universalidade. Uma vez apresentada a concepção elementar da regra jurídica, esta forma será confrontada com os casos selecionados para a pesquisa. Pretende-se, ainda, ponderar se é possível, no âmbito da imposição da responsabilidade civil pelo abandono afetivo, dissociar o dever de cuidar do dever de amar.

Posteriormente, será feita uma breve ponderação sobre o mérito da questão. Uma das preocupações da pesquisa é refletir sobre a necessidade e a importância de limites para a interferência da lei na regulação do comportamento humano, e a

imposição de um dever que tangencia o afeto parece ser tema que desafia as fronteiras entre Direito e Moral.

Identificar se o acolhimento da tese do abandono afetivo como dever jurídico tem como consequência o atendimento do melhor interesse da criança é também uma preocupação da presente pesquisa, visto que o princípio da prioridade dos interesses do menor é um dos fundamentos centrais da tese adotada pelos julgadores e doutrinadores que defendem a existência do dever jurídico de cuidado.

A pesquisa sobre as consequências práticas da adoção da tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, aliada à observação de que há um indício de alteração do entendimento da comunidade jurídica sobre o tema, leva à reflexão de que o papel do Poder Judiciário pode ter se alterado ao longo das últimas décadas. É possível inferir que houve uma expansão da jurisdição, na medida em que temas antes não levados ao Poder Judiciário hoje fazem parte do debate jurídico – como é o caso do abandono afetivo.

No quarto capítulo, serão feitas considerações sobre possíveis causas que levaram a esta expansão da jurisdição, com apoio na obra de Pierre Bourdieu aliada a autores que adotam a visão cognitiva das políticas públicas. A hipótese do presente trabalho é que há um discurso jurídico – adotado por autores identificados como adeptos ao Neoconstitucionalismo ou ao Direito Civil Constitucional – que naturaliza a expansão da jurisdição.

A ampliação da jurisdição pode, de um lado, indicar um progresso no acesso à Justiça. De outro, contudo, pode ser indesejável, na medida em que deixa a cargo do Estado a solução de todos os problemas vivenciados em sociedade, retirando de outros campos a possibilidade de formulação de soluções.

Cabe ponderar também se o discurso jurídico adotado pelos julgados e doutrinadores identificados como favoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo facilita a pressuposição de uma legitimidade do Poder Judiciário que deveria ser conquistada por meio da produção de decisões com fundamentos universalizável, coerente e coesa.

1. CAPÍTULO 1: O PODER JUDICIÁRIO E O ABANDONO AFETIVO

Para o estudo da responsabilidade civil por abandono afetivo, optou-se por analisar julgados sobre o tema no âmbito nacional. A pesquisa empírica possibilita a colheita de dados quantitativos e qualitativos sobre o problema central do trabalho, o que pode facilitar a análise crítica das informações encontradas. Antes de relatar e analisar os dados, porém, é relevante apresentar o objeto central da pesquisa, bem como explicar a metodologia empregada para escolha de julgados sobre o tema, o que permite a identificação dos principais fundamentos utilizados pelos julgadores no trato da responsabilidade civil por abandono afetivo, para posterior análise crítica.

1.1. Pesquisa empírica

1.1.1. Metodologia utilizada

Para analisar os fundamentos utilizados pelo Poder Judiciário em casos de indenização por dano moral por força de abandono afetivo, fez-se um levantamento de acórdãos perante o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais de Justiça. A seleção e catalogação dos julgados foram feitas em observância à Metodologia de Análise de Decisões (MAD). A MAD é uma proposta instrumental de procedimento na pesquisa jurídica, um protocolo para o pesquisador que tenha a pretensão de analisar decisões para apresentar resultados avaliativos e, quando possível, comparativos e tem por objetivos a organização das decisões selecionadas pelo pesquisador, a verificação da coerência decisória destas decisões e a explicação do sentido das decisões.¹

Em um primeiro momento da pesquisa, a MAD propõe que, além da seleção da bibliografia relevante para a análise do problema e da escolha do recorte do objeto de pesquisa (identificação da questão-problema), o pesquisador deverá realizar o recorte institucional de seu estudo (escolha dos órgãos decisores objeto da pesquisa).²

¹ FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões – MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 4-7.

² FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões – MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 8-10.

No presente trabalho, o recorte institucional repousou sobre decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e por todos os Tribunais de Justiça. A relevância decisória do Superior Tribunal de Justiça se evidencia não apenas pela posição hierárquica que tal corte ocupa na organização do Poder Judiciário brasileiro, mas também diante da repercussão de dois dos quatro julgados sobre o tema³ (Recurso Especial n. 757.411-MG e Recurso Especial n. 1.159.242-SP), frequentemente utilizados como parte da fundamentação dos julgados proferidos em instâncias inferiores.

Compreendeu-se que seria importante a investigação dos julgados dos Tribunais de Justiça, em face da restrição imposta ao conhecimento de recursos pelo Superior Tribunal de Justiça⁴, tanto que apenas três dos quatro julgados desta corte enfrentam o tema (o quarto refere-se à prescrição da pretensão indenizatória em situações de abandono afetivo).

O estudo de julgados proferidos por outras cortes possibilitaria observar a dimensão do problema em âmbito nacional, bem como verificar com maior robustez elementos fáticos considerados para a configuração do abandono afetivo, além de evidenciar outras razões de decidir eventualmente não enfrentadas pela Corte Superior do país.

A pertinência temática dos referidos Tribunais se justifica pela adequação entre o tema da responsabilidade civil por abandono afetivo e o âmbito de competência desses, todos responsáveis pela apreciação de hipóteses de responsabilidade civil.

³ A repercussão da atuação do Superior Tribunal de Justiça não se limita ao âmbito da comunidade jurídica, mas também alcança os meios de comunicação em massa. Apenas a título de exemplo, indicam-se canais virtuais que divulgaram julgados da Corte sobre o tema:

<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2014/04/stj-mantem-indenizacao-de-r-200-mil-filha-por-abandono-afetivo-do-pai.html>

<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/05/02/em-decisao-inedita-stj-condena-pai-por-abandono-afetivo.htm>

<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,em-decisao-inedita-stj-condena-pai-por-abandono-afetivo-de-filha-imp-,868024>

<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/417011-DECISAO-INEDITA-DO-STJ-REACENDE-DEBATE-EM-TORNO-DO-ABANDONO-AFETIVO.html>

<http://era.org.br/2012/06/stj-e-o-abandono-afetivo/>

⁴ De acordo com a regra prevista no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, cuja interpretação é conjugada com a Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Súmula n. 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Julgado em 28/06/1990. DJU 03/07/1990).

Em observância à MAD, a pesquisa exploratória das decisões serviu como o primeiro passo para identificação do problema de pesquisa, o que permitiu formar um banco de dados de decisões organizadas. A etapa referida permite organizar os julgados, mas ainda não se propõe a realizar considerações aprofundadas sobre o mérito do tema, sem perder de vista que a escolha pela forma de organização já é um indicativo da postura do pesquisador.⁵

Relevante registrar que o presente trabalho não tem a pretensão de realizar análise estatística sobre a universalidade de julgados sobre o tema no país, uma vez que há dificuldades na realização de uma pesquisa jurídica empírica.⁶ Não é possível assegurar que a presente pesquisa obteve todos os julgados sobre responsabilidade civil por abandono afetivo no âmbito nacional. Para tanto, seria imprescindível a leitura de diários de justiça estaduais ou até mesmo solicitação de inteiro teor de alguns acórdãos perante a presidência ou corregedoria dos tribunais, o que tornaria inviável a conclusão do trabalho.

As dificuldades para colheita de dados (inteiro teor de todos os julgados sobre o tema) não poderiam, contudo, obstaculizar a pesquisa. O estudo qualitativo dos argumentos utilizados para defesa de proposições jurídicas é uma das funções da pesquisa jurídica empírica. Mesmo que não seja possível garantir o fornecimento de dados estatísticos sobre o tema em questão, a pesquisa terá sua relevância na medida em que propõe a reflexão sobre a legitimação do discurso jurídico por meio da qualidade de sua fundamentação.⁷

O levantamento de acórdãos na presente pesquisa tem, portanto, caráter exemplificativo, pressupondo-se que os julgados são inseridos no meio eletrônico de pesquisa disponibilizado por cada tribunal estadual na medida em que se encerram os julgamentos, sem seleção prévia acerca de sua relevância. Reconhece-se, contudo, que alguns julgados podem não ter sido captados pela pesquisa por estarem protegidos pelo segredo de justiça ou por força do recorte temporal desta: o

⁵ FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões – MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010. p. 12-13.

⁶ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Riscos de uma pesquisa empírica em Direito no Brasil. *ConJur*. ago. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-07/direito-comparado-riscos-certa-pesquisa-empirica-direito-brasil?imprimir=1> Acesso em 15/08/2015.

⁷ DIMOULIS, Dimitri. Por uma visão mais plural da pesquisa jurídica. *ConJur*. ago. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/dimitri-dimoulis-visao-plural-pesquisa-juridica> Acesso em 23/02/2016.

julgamento pode ter ocorrido antes da implantação do sistema de pesquisa eletrônica ou o julgado foi inserido apenas após o período de levantamento dos dados.

1.1.2. Primeiros dados da pesquisa exploratória

Na presente pesquisa, o banco de dados iniciou-se mediante a busca de julgados junto aos sítios eletrônicos dos tribunais selecionados. A seleção dos julgados ocorreu entre os meses de setembro de novembro de 2014 e, no mês de dezembro de 2014, foram conferidas eventuais inconsistências no registro quantitativo inicialmente feito.

Foram selecionados acórdãos apenas perante os Tribunais de Justiça, excluídas as decisões de Turmas Recursais, uma vez que as ações são propostas perante as varas cíveis ou varas de família, via de regra, além de que o foco central da pesquisa é o abandono afetivo praticado contra filho menor, impossibilitado de figurar como parte perante os Juizados Especiais.

Os termos utilizados para pesquisa foram “abandono” e “afetivo”, no intuito de obter o mais abrangente espectro possível de julgados. Como resultado desta primeira busca, foram encontrados, ao todo, 1.400 julgados. Da leitura das ementas, foi possível identificar que 1.155 julgados tratavam de matéria diversa do objeto do presente estudo, tais como: destituição do poder familiar; guarda; responsabilidade civil pelo rompimento de relacionamento amoroso de natureza diversa (namoro, noivado, casamento); ou meros erros de indexação.

Os 245 julgados restantes foram identificados como pertinentes ao problema de pesquisa, sendo 90 identificados como favoráveis à tese da responsabilidade civil pelo abandono afetivo e 155 desfavoráveis. Optou-se por não os dividir de acordo com a categoria de procedência ou improcedência do pedido de indenização, uma vez que a improcedência do pedido poderia ter como razão de decidir a ocorrência da prescrição ou a ausência de prova do alegado, sem que isso representasse a não adesão da turma julgadora à tese da responsabilidade civil do pai/mãe pelo abandono afetivo.

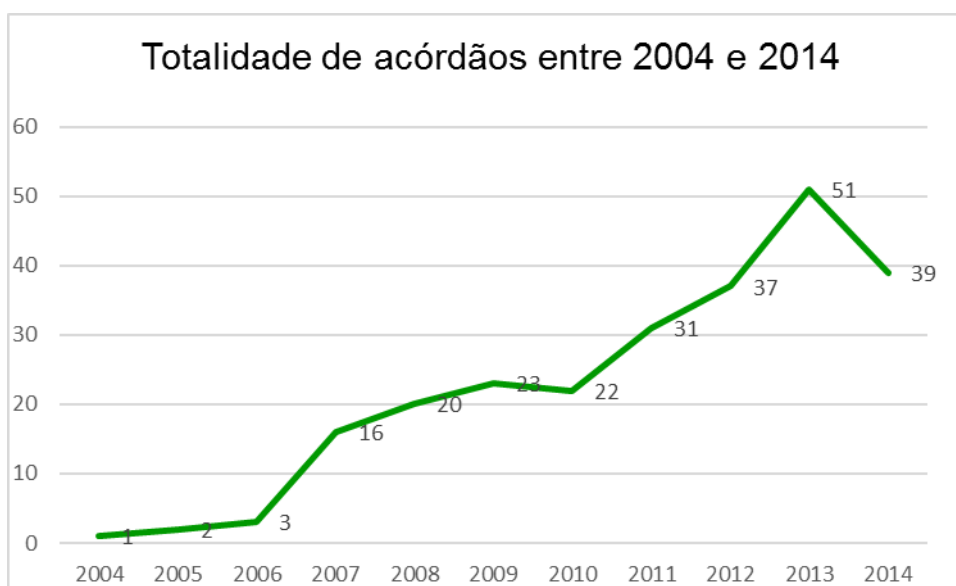
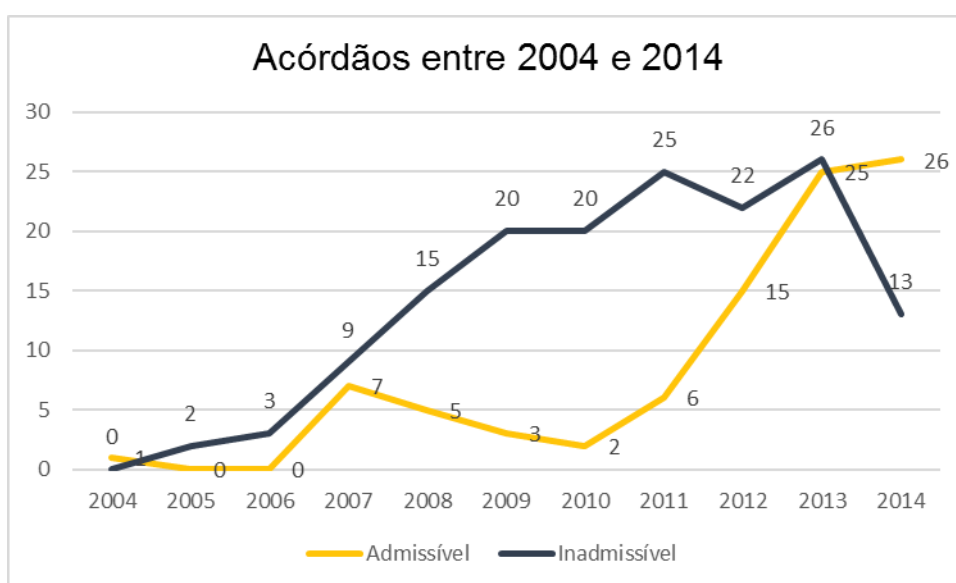
O resumo dos dados obtidos consta na tabela a seguir:

TABELA 1

Tribunal	Admissível	Inadmissível	Outros	Total
STJ	1	2	3	6
TJAC	0	0	2	2
TJAL	0	0	8	8
TJAM	0	0	2	2
TJAP	0	0	0	0
TJBA	1	1	10	12
TJCE	0	0	10	10
TJDFT	6	7	25	38
TJES	0	0	1	1
TJGO	3	1	7	11
TJMA	1	0	2	3
TJMG	6	19	57	82
TJMS	0	1	29	30
TJMT	0	1	2	3
TJPA	0	0	1	1
TJPB	2	1	23	26
TJPE	0	1	30	31
TJPI	1	0	0	1
TJPR	4	5	24	33
TJRN	1	0	1	2
TJRO	0	2	1	3
TJRR	0	0	1	1
TJRS	17	39	161	217
TJSC	3	11	110	124
TJSE	1	2	39	42
TJRJ	5	4	89	98
TJSP	38	57	486	581
TJTO	0	1	30	31
Total	90	155	1155	1400

O inteiro teor de cada acórdão foi baixado a partir do sítio eletrônico dos Tribunais de Justiça. Em alguns casos, porém, foi obtida apenas a ementa do julgamento, por ter sido deferido o segredo de justiça.

Observou-se o aumento de demandas que tratavam do tema no período de 2004 a 2014, bem como da adesão, pelos Tribunais, à admissibilidade da tese do abandono afetivo como causa de dever de indenizar, o que pode ser identificado pelos gráficos a seguir:

GRÁFICO 1**GRÁFICO 2**

Acredita-se que o aumento do número de demandas que tratam sobre a matéria demonstra a relevância do presente estudo, pois pode-se inferir que, se mantido o padrão observado, cada vez mais pessoas recorrerão ao Poder Judiciário para obtenção de reparação por dano moral em casos de abandono afetivo.

A partir dessas informações também é possível dar continuidade à pesquisa sobre o tema a partir do ano de 2015, a fim de se identificar se a tese da inadmissibilidade da responsabilidade civil em casos tais irá perder adesão junto ao Poder Judiciário, como parecem indicar os números do ano de 2014.

É importante ressaltar que não se pretende interpretar tais dados como se exatos fossem, dadas as dificuldades já apontadas para obtenção deles na pesquisa jurídica empírica.

Não se pode deixar de considerar a complexidade da dinâmica de construção dos resultados dos julgamentos. Por exemplo, alguns acórdãos não são unânicos, de modo que, apesar de constarem como “admissíveis” na tabela e nos gráficos, podem conter votos vencidos nos quais se sustentou a inadmissibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo (e vice-versa).

1.1.3. Segunda etapa: seleção dos julgados

O recorte seguinte pretendeu selecionar os julgados que enfrentam a tese do cuidado como uma obrigação jurídica ensejadora da responsabilidade civil. Embora, como se verá adiante, outros argumentos sejam utilizados para acolher ou afastar a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, o presente trabalho sustenta que é a partir da definição do dever de cuidado que se apreende o fenômeno do abandono afetivo pelo Direito⁸. Desse modo, a análise dos fundamentos utilizados nos julgados se voltará para o debate entre: a) a tese segundo a qual o Poder Judiciário não pode impor o dever de afeto entre os membros de uma família; e, b) o entendimento que sustenta que o dever de cuidado, em verdade, não trata do afeto em si, mas de uma obrigação imposta por lei.

Foram classificados como “Inadmissível” 155 julgados, dentre os quais foram selecionados 48 para futura análise, por enfrentarem a tese central da pesquisa. Quanto aos demais (107 julgados), não foram selecionados para estudo aprofundado pelo fato de terem por objeto questões sobre prescrição; reconhecimento tardio da paternidade; ausência de prova do dano ou por terem apenas reproduzido precedentes do Superior Tribunal de Justiça, sem agregar fundamentos próprios.

⁸ Dada a polissemia do termo, cumpre esclarecer que, no presente trabalho, “Direito” refere-se ao objeto da ciência jurídica. Adotaremos a definição do termo desenvolvida por Neil McCormick, porque explicativa: o Direito é compreendido como uma ordem normativa institucional. (MCCORMICK, Neil. *Instituciones Del Derecho*. Trad. Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 17.)

Os acórdãos identificados como “Admissível” somam 90, sendo que 64 não se ocupam com a especificação do que significa o dever de cuidado e/ou como se configura o abandono afetivo, seja porque os votos resumem-se a colacionar outros julgados sobre a matéria (frequentemente, o Recurso Especial 1.159.242/SP) ou fazer referência aos dispositivos legais que entendem aplicáveis à espécie, sem justificar a sua aplicabilidade ao caso concreto. Ademais, em 33 desses casos, tratou-se da prescrição da pretensão à reparação; enquanto 16 cuidavam de ação indenizatória cumulada ou correlacionada com o reconhecimento da paternidade.

Após esse percurso, foram identificados 27 julgados que acolhem a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo enfrentando o problema de pesquisa (ou seja, explicitando o que se entende por dever jurídico de cuidado), o que possibilitou a seleção dos principais termos utilizados pelos julgadores como instrumento da razão de decidir.

Optou-se por, inicialmente, relatar os julgados do Superior Tribunal de Justiça, em face do grande número de julgados encontrados perante os Tribunais de Justiça, bem como considerando-se a repercussão territorial da jurisdição desta Corte, e a influência desta sobre os demais julgadores. Uma vez relatados tais casos, proceder-se-á à catalogação dos principais fundamentos de cada acórdão.

1.2. Julgados do Superior Tribunal de Justiça

1.2.1. Caso 1 – Recurso Especial 757.411/MG

O Recurso Especial 757.411/MG é o caso que inaugura a apreciação, pelo Superior Tribunal de Justiça, da tese da responsabilidade civil pelo abandono afetivo. Trata-se de recurso interposto contra o acórdão proferido pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais na Apelação Cível n. 408.550-5, julgada em 01 de abril de 2004.⁹

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 2.0000.00.408550-5/000. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Unias Silva. Julgado em 01/04/2004. Publicado no DJe em 29/04/2004.

Ementa: INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO-FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

As características do caso concreto, conforme consta do inteiro teor dos julgados referidos, são as seguintes: o autor conviveu com seus pais desde seu nascimento, em 1981, até a separação do par parental, ocorrida em 1987 (durante seis anos, portanto). Após a formação de nova família e o nascimento da segunda filha, o pai do autor teria deixado de manter contato com o primogênito. O voto do Desembargador Relator do Tribunal de Justiça de Minas Gerais fez constar que o afastamento entre as partes durou quinze anos, tendo o pai rechaçado todos os esforços de aproximação por parte do filho, bem como deixado de comparecer a aniversários e à formatura deste. Constatou-se, mediante estudo psicológico, que essa ausência paterna representou questão de difícil elaboração para a criança e interferiu na formação da personalidade do autor.

O pedido fora julgado improcedente em primeira instância, o que ensejou o recurso do autor. A Sétima Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais considerou que houve omissão ilícita por parte do pai, apta a configurar abandono afetivo, o que atrai a responsabilidade civil e impõe o dever de indenizar o menor por dano moral.

O Desembargador Relator da Apelação Cível argumentou que a família contemporânea é calcada na afetividade, e não mais representa uma relação de poder entre os seus membros. O princípio jurídico da afetividade, na visão daquele julgador, especializaria o princípio constitucional de dignidade da pessoa humana no âmbito das relações familiares, o que atrairia o dever dos pais de viabilizar o aperfeiçoamento humano e o progresso pessoal dos filhos, assegurando-lhes a dignidade. Essa compreensão é pelo Desembargador Relator correlacionada com uma nova forma de interação entre o direito público e o privado, de modo que ao Estado caberia a imposição de determinadas obrigações aos pais de família.

O voto referido baseou-se no disposto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, segundo o qual é dever da família assegurar à criança, dentre outros, o direito à convivência em família. Argumentou-se que o dispositivo é oponível não apenas ao Estado, mas também aos membros da família, o que justifica que a responsabilidade parental transcenda o dever de sustento material e alcance o dever de promoção da dignidade da prole. O Desembargador Relator concluiu o voto afirmando que estavam presentes o dano à dignidade do autor, o ato ilícito do réu (violação do dever de

convivência e de educação do filho para a formação do laço paterno-filial por meio da afetividade), bem como o nexo causal entre o dano e a conduta ilícita.

Em razão disso, o réu fora condenado ao pagamento de indenização em favor do autor no valor equivalente a duzentos salários mínimos (R\$ 44.000,00 à época do julgado), o que provocou a interposição de Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça.

O Recurso Especial foi distribuído sob o número 757.411 para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça e direcionado à relatoria do Ministro Fernando Gonçalves. No relatório do julgado, consta que o réu interpôs o recurso com apoio nas alíneas “a” e “c” do artigo 105, III, da Constituição Federal,¹⁰ apontando violação do artigo 159 do Código Civil¹¹ e divergência jurisprudencial sobre a matéria.

O voto se inicia com o registro de que o debate acerca da responsabilidade civil pelo abandono moral era uma novidade no Direito pátrio, e dá conta de que, além deste caso, encontrou apenas mais dois julgados sobre o tema: o primeiro, do Estado do Rio Grande do Sul, resultou em condenação do pai e foi encerrado em 2003, já na primeira instância, visto que o réu, revel, deixou de recorrer; o segundo, oriundo do Estado de São Paulo, também teve resultado favorável ao filho abandonado.¹²

O Ministro Relator fez constar a polêmica em torno da matéria, reconhecendo que o rol de danos extrapatrimoniais indenizáveis transmuda de acordo com a dinâmica social, de modo que questões antes tidas como mero fatos da vida, hoje são tratadas como circunstâncias que reclamam atenção do Poder Judiciário. Registrou

¹⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

¹¹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.

BRASIL. Lei n. 3.071, de 01º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 13/08/2015.

¹² Não houve menção, pelo Ministro Relator, dos números dos processos sobre os casos mencionados, o que inviabilizou a busca destes precedentes junto aos tribunais de origem.

que os adeptos à tese da possibilidade de reparação do dano causado pelo abandono afetivo argumentam que a reparação não pretende “dar um preço ao amor”, nem tem por intento fazer com que o pai passe a cumprir o dever de assistência moral ao filho, mas sim compensar a vítima, além de punir e dissuadir o transgressor.

Apesar desses fundamentos, o Ministro Relator entendeu que o ordenamento jurídico prevê outra consequência para o pai faltoso quanto aos deveres de guarda e educação, qual seja, a perda do poder familiar, a qual se encarrega de cumprir as funções punitiva e dissuasória.

O Ministro Relator alegou que a ação reparatória pode ser fruto da transferência de sentimentos negativos por parte do guardião unilateral para o menor, traduzindo intento espúrio de obtenção de vantagem financeira de quem tenha se sentido prejudicado com o término do relacionamento amoroso.

O voto ocupou-se ainda de apontar uma possível consequência deletéria da ação reparatória em situações tais: o risco de definitivo afastamento entre pais e filhos, uma vez que, após a condenação à compensação de ordem material, não haveria ambiente para formação (ou reforço) do laço paterno-filial.

O Ministro Relator destacou que a compensação financeira não seria atendida pelo deferimento da indenização por dano moral, uma vez que o amparo material exigível do pai já está inserido no dever de prestar alimentos, devidamente cumprido pelo recorrente. Argumentou-se que ao Poder Judiciário não compete definir uma obrigação de amar ou de manter relação afetiva, concluindo pela impossibilidade da reparação pretendida.

O Ministro Aldir Passarinho Junior votou com o Ministro Relator, reprisando que o descumprimento dos deveres de criação, de educação dos filhos e de tê-los sob sua guarda e companhia (previstos no artigo 384 do Código Civil de 1916) tinha como consequência a perda do poder familiar. Registrou que não se tratava de hipótese de ato ilícito praticado pelo pai.

O Ministro Barros Monteiro proferiu voto vencido no julgamento, entendendo que houvera prática de ato ilícito por parte do pai, na medida em que este deixou de prestar assistência moral ao filho, deixando de observar o dever de convivência com o filho, de acompanhar sua educação e de dar afeto. Considerou presentes os

elementos da responsabilidade civil, sustentando que havia conduta ilícita por parte do pai e que o dano se extrairia do sofrimento e do abalo psíquico causado ao autor. O voto divergente registrou também que a destituição do poder familiar não afastaria necessariamente o dever de indenização por dano moral.

O Ministro Cesar Asfor Rocha acompanhou o relator para dar provimento ao Recurso Especial e asseverou que o Direito de Família tem princípios e regras próprias, o que afasta a regulação das relações familiares pelo Direito das Obrigações, sob pena de tentativa de quantificação do preço do amor. Segundo o mesmo Ministro, ainda que houvesse sofrimento causado por abandono afetivo praticado pelo pai, as únicas consequências jurídicas possíveis seriam, no âmbito patrimonial, o dever de prestar alimentos; e, no âmbito extrapatrimonial, a destituição do pátrio poder. Segundo seu voto:

Com a devida vênia, não posso, até repudio essa tentativa, querer quantificar o preço do amor. Ao ser permitido isso, com o devido respeito, iremos estabelecer gradações para cada gesto que pudesse importar em desamor: se abandono por uma semana, o valor da indenização seria "x"; se abandono por um mês, o valor da indenização seria "y", e assim por diante.

O Recurso Especial foi, então, acolhido pela maioria da Turma, a qual considerou que não houvera prática de ato ilícito por parte do réu, em julgamento ocorrido em 29/11/2005.¹³

Observou-se que o entendimento foi seguido pelos Tribunais de Justiça no indeferimento de pedidos de reparação por dano moral em relações paterno-filiais, com ampla utilização de sua ementa nas razões de decidir dos julgadores.

1.2.2. O Recurso Especial 514.305/SP

O entendimento majoritário do julgado anterior foi reafirmado no julgamento do Recurso Especial 514.350/SP,¹⁴ ocorrido em abril de 2009, quando, pela segunda vez,

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 757.411/MG*. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/11/2005. Publicado no DJ em 27/03/2006, p. 299. Ementa: "RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso especial conhecido e provido."

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 514.350/SP*. Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28/04/2009. Publicado no DJe em 25/0/2009. Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO.

o Superior Tribunal de Justiça foi provocado para manifestar-se acerca da responsabilidade civil pelo abandono afetivo. Os argumentos expendidos pelo Ministro Fernando Gonçalves no Recurso Especial 757.411/MG foram reprisados pelo Ministro Aldir Passarinho Junior, relator do Recurso Especial 514.350/SP.

Cumprе observar, contudo, que este segundo caso trata de hipótese fática diversa. Segundo consta do relato do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em transcrição feita pelo próprio Ministro Relator Aldir Passarinho Junior,¹⁵ o feito cuidava de ação de investigação de paternidade, com pedido cumulado de condenação do então suposto pai no pagamento de compensação pelo dano moral, proposta por filho com 21 (vinte e um) anos de idade.

A razão de decidir do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo centrou-se no fundamento de que, antes do reconhecimento jurídico da paternidade atribuída ao réu, inexigível deste o cumprimento dos deveres inerentes à parentalidade, vez que, até então, inexistia o pátrio poder (atualmente, o poder familiar).

Não obstante tratar o caso de circunstância fática diversa, o Superior Tribunal de Justiça reiterou os fundamentos do julgamento anterior, sem preocupar-se com o fato de que, neste segundo recurso, a controvérsia gira em torno de questão outra: a responsabilidade civil do pai que, segundo se alegou, mesmo conhecendo o liame biológico com seu filho, se omite no reconhecimento desta paternidade, bem como deixa de prestar assistência moral a este.

O Recurso Especial 514-530/SP não será objeto de análise própria no presente trabalho, uma vez que a pesquisa pretende analisar a qualidade, a coerência e a

DANOS MORAIS REJEITADOS. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. I. Firmou o Superior Tribunal de Justiça que "A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária" (Resp n. 757.411/MG, 4ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, unânime, DJU de 29.11.2005). II. Recurso especial não conhecido.

¹⁵ O julgado da Apelação Cível que deu origem ao Recurso Especial 514.350/SP não consta no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Foi possível encontrar referência a este acórdão em sentença publicada no DJSP, em 07/10/2014, página 1.616. Na ocasião, o julgado foi referido da seguinte maneira: Tribunal de Justiça de São Paulo. AC nº 229.873.4/8.00. 7ª Câ. Rel. Des. Leite Cintra. J. 05.06.02 - v. u. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/77853245/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-iii-07-10-2014-pg-1616>>. Acesso em 12/08/2015.

Ementa: Danos morais. Condenação em investigação de paternidade julgada procedente. Inadmissibilidade. Hipótese em que só após o reconhecimento da paternidade é que surgiu a filiação, e dessa forma, antes disto não existia filiação reconhecida, e, conseqüentemente, não poderia o apelado descumprir quaisquer deveres inerentes à condição de pai. Recurso provido

coesão dos argumentos sobre a responsabilidade civil pelo descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar – o que pressupõe o prévio liame jurídico parental-filial entre os envolvidos, bem como a menoridade do filho, situações fáticas não presentes no referido recurso.

Não se pode deixar de registrar, porém, a aparente inadequação entre o precedente utilizado para o julgamento do Recurso Especial 514-530/SP, uma vez que o mesmo fundamento jurídico deu solução para situação fática diversa, sem que se realizasse qualquer justificativa sobre a adequação desse modo de proceder. A tese do precedente avaliou a conduta paterna consistente na omissão quanto à assistência moral para o filho menor (já registrado); o novo caso questionava a ilicitude da omissão do pai em reconhecer a paternidade do filho maior, bem como do afastamento afetivo entre ambos.

1.2.3. Caso 2 – Recurso Especial 1.159.242/SP

No Recurso Especial 1.159.242/SP, o Superior Tribunal de Justiça admitiu, pela primeira vez, a responsabilidade de um pai pela prática de abandono afetivo. O recurso foi fruto de irresignação do réu em face do acórdão proferido pela Sétima Câmara “B” de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível n. 361.389.4/2-00.¹⁶

É possível inferir, a partir do relatório do julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, no caso, o pai da autora (réu na ação), rompeu o relacionamento com a mãe dela tão logo soube da gravidez que a gerara. Quando do nascimento da parte autora, não houvera reconhecimento espontâneo da paternidade, de modo que o vínculo paterno-filial fora estabelecido por meio de sentença judicial. Não obstante o reconhecimento do vínculo jurídico entre os litigantes, o pai não se aproximou da filha.

¹⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível* n. 361.389.4/2-00. Sétima Câmara “B” de Direito Privado. Relatora: Daise Fajardo Jacot. Julgado em 26/11/2008. Sem informação sobre data da publicação. Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Registrou-se que o réu era pessoa de origem de família com bastante recursos, e formou nova família após a separação da mãe da autora, sem manter qualquer contato com ela. Há ainda relato de que, além de afastar-se afetivamente da filha, o réu transferiu patrimônio para os filhos nascidos na constância do casamento posterior, em prejuízo da primogênita.

O réu argumentou que sempre fora impedido de manter contato com a autora, uma vez que a mãe desta apresentara comportamento agressivo; bem como que, até o reconhecimento judicial da paternidade, tinha dúvidas acerca do vínculo biológico com sua filha. Ressaltou ainda que pagou a pensão alimentícia regularmente.

A Desembargadora Relatora alegou que havia evidência de que o réu tratou os filhos tidos no casamento com zelo e dedicação, ao contrário do tratamento dispensado à autora, o que violaria o direito à igualdade, nos termos do 5º, *caput* e incisos V e X da Constituição Federal.¹⁷ Asseverou que o réu violou o direito subjetivo constitucional da autora à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal). Apontou ainda como fundamentos ao dever de assistência, criação, educação e convivência com relação aos filhos o disposto nos artigos 229 da Constituição Federal,¹⁸ 1.634 do Código Civil,¹⁹ além dos artigos 11 a 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁰

A Desembargadora Relatora concluiu que, apesar do dever estabelecido pelo ordenamento jurídico, não houve comoção por parte do réu, o qual teria negado à filha

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13/08/2015.

¹⁸ Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13/08/2015.

¹⁹ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

[...]

²⁰ Os artigos 11 a 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente tratam do direito à vida, à saúde, à liberdade, ao respeito, à dignidade e à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente.

carinho e afeição, enquanto, por outro lado, dispensou amparo afetivo e material aos demais irmãos da parte autora, o que configuraria abandono moral grave e, portanto, conduta ilícita identificada como causa (nexo causal) para o sofrimento da autora, do que decorreria a obrigação de indenizá-la pelo dano moral sofrido, fixado em R\$ 415.000,00 (quatrocentos e quinze mil reais).

A sentença foi reformada, com o provimento parcial ao recurso da autora perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo que o réu interpôs Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça. O recorrente alegou que o julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo desrespeitara a orientação do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, referindo-se ao Recurso Especial 757.411/MG, pelo que pleiteou a revisão do entendimento adotado na corte de origem e, em pedido eventual, a redução do valor arbitrado a título de reparação pelo dano moral.

O Recurso Especial 1.159.242/SP foi distribuído para a Relatora Ministra Nancy Andrighi e, em votação, a Terceira Turma daquela corte manteve o julgado impugnado, considerando que o dano moral se configurou pelo abandono psicológico praticado contra a filha.²¹

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.159.242/SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/04/2012. Publicado no DJe em 10/05/2012. Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.
2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.
3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.
5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.
6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.
7. Recurso especial parcialmente provido.

A Ministra Relatora aduziu, no início de seu voto, que não há impeditivo legal para a incidência das regras da responsabilidade civil nas relações familiares, considerando que os artigos 5º, incisos V e X da Constituição Federal e 186 e 927 do Código Civil têm ampla margem de aplicação.

Em seguida, argumentou que a responsabilidade civil subjetiva demanda a verificação de três elementos: o dano, a culpa e o nexo causal entre o dano e a conduta culposa, reconhecendo que a identificação destes no âmbito de relações afetivas é complexa, uma vez que permeada de elementos subjetivos próprios da natureza do vínculo entre as partes.

Não obstante as dificuldades reconhecidas, segundo a Ministra Relatora, o ordenamento jurídico impõe obrigações mínimas como consequência da formação do liame jurídico entre pais e filhos, ressaltando que tal vínculo decorre sempre de um ato de livre manifestação da vontade do par parental. Dentre os deveres inerentes ao poder familiar, a Relatora ressalta “o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos”, o que demanda “a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança”.

A Ministra Relatora assevera que o cuidado para com o filho seria um dever jurídico, dada a importância de se assegurar aos menores a integridade psicológica necessária para enfrentar o mundo adulto. A inserção do dever de cuidado no ordenamento jurídico pátrio, segundo a Ministra Relatora, se extrai do disposto no artigo 227 da Constituição Federal.

Ocupa-se a Relatora de distinguir o dever de cuidado da obrigação de amar, coisas diferentes em sua percepção. Em trecho do voto que se tornou bastante difundido, diz a Relatora que:

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tinsado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da

avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (Destaques originais)

Argumentou-se que, uma vez verificada a omissão culposa ou dolosa quanto ao dever de cuidado, a conduta do pai faltoso deve ser considerada ilícita. Entendeu-se que não havia justificativa, naquele caso concreto, para a omissão do recorrente, razão pela qual sua conduta foi considerada ilícita, por descumprimento, por parte do pai, de um “núcleo mínimo de cuidados parentais” com a prole, que fossem além dos meros ditames da lei, para assegurar aos filhos amparo afetivo para a formação de sua psique e de sua convivência em sociedade.

A Ministra Relatora seguiu sustentando que o nexo causal entre a omissão do recorrente e o dano causado à autora pode ser evidenciado mediante estudo especializado que aponte alguma patologia psicológica vinculada à ausência paterna. Porém, registrou a Ministra Relatora, de forma contraditória, que, naquele caso concreto, apesar da ausência paterna, a filha teria conseguido suplantar as dificuldades causadas pelo abandono afetivo, tendo sido capaz de formar-se profissionalmente e constituir uma família, norteando sua vida de forma razoavelmente alinhada. Na sequência, registra a Ministra Relatora que, não obstante tal superação por parte da autora, é possível inferir que a ausência paterna causa sofrimento, o que caracteriza o dano *in re ipsa*, suficiente para configurar o dever de compensação do pai faltoso.

O voto condutor é finalizado com a observação de que o valor da reparação pelo dano moral arbitrado pelo juízo *a quo* foi inadequado, por demasiadamente elevado, pelo que foi reduzido para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), sem que fossem apresentados os fundamentos para tanto.

O Ministro Massami Uyeda proferiu voto-vogal, durante a sessão, em sentido contrário ao voto condutor do julgado, ressaltando a dificuldade de se mensurar os sentimentos que envolvem as relações familiares.

Registrou-se no voto-vogal a preocupação com a aplicação de princípios e unificação da interpretação da lei federal sem a observância dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade – no entanto, não especificou em que medida tais princípios, se aplicados à interpretação nas normas incidentes sobre o caso concreto, geraria julgamento com resultado diverso.

Destacou ainda que qualquer filho pode se sentir preterido em relação aos irmãos, o que levaria os tribunais a quantificar (ou até mesmo potencializar) mágoas. O Ministro responsável pelo voto-vogal demonstrou preocupação com a consequência de precedentes como o sugerido pelo voto-relator: “Se abrirmos essa tese aqui, olha, como diria o pessoal, sai de baixo. Este Tribunal irá cuidar de mágoas.”

O Ministro Sidnei Beneti proferiu voto-vista, segundo ele, “em termos intermediários” entre o voto da Ministra Relatora e o voto-vogal. Asseverou que o vínculo familiar entre os litigantes não era causa de exclusão da responsabilidade civil, pelo que, em princípio, seria possível o arbitramento de dano moral em favor de filho vítima de abandono afetivo. Acompanhou a Ministra Relatora no sentido de que os fundamentos para o reconhecimento desta responsabilidade civil repousam sobre os artigos 1º, inciso III e 5º, incisos V e X da Constituição Federal; e artigos 186 e 927 do Código Civil, além do artigo 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente.²² Reforçou o entendimento de que o fato de haver a sanção civil de perda do poder familiar do pai negligente não afasta o dever de indenização.

Segundo o voto-vista, os atos que configuraram o abandono afetivo no caso seriam:

1º) Aquisição de propriedades, por simulação, em nome dos outros filhos; 2º) Desatendimento a reclamações da autora quanto a essa forma de aquisição disfarçada; 3º) Falta de carinho, afeto, amor e atenção, apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira; 4º) Falta de auxílio em despesas médicas, escolares, abrigo, vestuário e outras; 5º) Pagamento de pensão somente por via judicial; 6º) Somente haver sido reconhecida judicialmente como filha.

²² Nesse ponto, acreditamos ter ocorrido erro material na redação do voto, já que o artigo 227 do referido Estatuto preceitua que “Os crimes definidos nesta Lei são de ação pública incondicionada”.

O voto-vista afirmou, contudo, que, quando do arbitramento do valor da reparação pelo dano moral do filho vítima de abandono afetivo, deve-se ponderar a conduta de ambos os pais, pois aquele detentor da guarda pode ter dificultado o acesso do outro ao filho. O Ministro Sidnei Beneti argumentou, então, que a reparação civil pelo abandono afetivo deveria ser apurada de forma proporcional, sopesando-se não apenas a omissão do genitor, mas também responsabilidade da mãe da parte autora.

O Ministro prosseguiu argumentando que, muito embora, via de regra, ao Superior Tribunal de Justiça não competisse apreciar o valor da compensação pelo dano moral, tal apreciação poderia ocorrer quando a quantia fixada pelo tribunal de origem é irrisória ou exorbitante. No seu entendimento, como alguns itens caracterizadores do abandono afetivo seriam de responsabilidade de ambos os pais da parte autora (tais como 2º, 3º e 4º referidos na transcrição anterior), o valor da compensação fixada pelo tribunal estadual deveria ser reduzido para a quantia já mencionada pela Ministra Relatora.

O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino pediu nova vista do processo e acompanhou o voto do Ministro Sidnei Beneti para dar parcial provimento ao Recurso Especial e reconhecer a responsabilidade do recorrente, mas reduzir o valor da indenização. Registrou que o julgador deve apreciar casos similares com cautela, pois a responsabilidade civil por dano moral no âmbito familiar deveria configurar exceção, admitindo-se a tese apenas em situações de maior gravidade, aduzindo que o caso em julgamento estava inserido nesta excepcionalidade. Ressaltou que somente o completo e evidente abandono seria capaz de ensejar a responsabilidade civil dos pais, reconhecendo que o dever de cuidado teria, inexoravelmente, natureza subjetiva, razão pela qual apenas o abandono total poderia ensejar a responsabilidade civil, a fim de evitar-se a imposição de um padrão objetivo para o exercício da parentalidade.

Por fim, assentiu com o valor sugerido pelo voto-relator para reduzir o valor da reparação do dano moral da recorrida para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), ponderando que a conduta da mãe desta também dificultou a construção de um relacionamento entre pai e filha.

1.2.4. O Recurso Especial 1.298.576/RJ

O julgamento do Recurso Especial 1.298.576/RJ,²³ apesar de ter como hipótese fática a prática de abandono afetivo, não ingressou no debate acerca da admissibilidade ou não da indenização por dano moral.

A controvérsia residia em outra questão, uma vez que a corte de origem teria reconhecido, de pronto, a prescrição da pretensão indenizatória do autor, alcançada três anos após a maioridade da parte interessada (o caso tratava de ação proposta por pessoa de cinquenta e um anos de idade).

Considerando que o julgamento tratou das regras do Código Civil atinentes à prescrição, não havendo enfrentamento do tema do abandono afetivo, este julgado não será objeto de apreciação da presente pesquisa, e foi catalogado, na Tabela 1, como “outros”.

1.3. Julgados dos Tribunais de Justiça

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.298.576/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Julgado em 21/08/2012. Publicado no DJe em 06/09/2012. Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. 1. Embora seja dever de todo magistrado velar a Constituição, para que se evite supressão de competência do egrégio STF, não se admite apreciação, em sede de recurso especial, de matéria constitucional. 2. Os direitos subjetivos estão sujeitos à violações, e quando verificadas, nasce para o titular do direito subjetivo a faculdade (poder) de exigir de outrem uma ação ou omissão (prestação positiva ou negativa), poder este tradicionalmente nomeado de pretensão. 3. A ação de investigação de paternidade é imprescritível, tratando-se de direito personalíssimo, e a sentença que reconhece o vínculo tem caráter declaratório, visando acertar a relação jurídica da paternidade do filho, sem constituir para o autor nenhum direito novo, não podendo o seu efeito retrooperante alcançar os efeitos passados das situações de direito. 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o "pátrio poder". Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido.

Os julgados dos Tribunais de Justiça que consideram inadmissível a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo e enfrentam o debate acerca do dever jurídico de cuidado entre pais e filhos somam 48. São eles:

TABELA 2

Tribunais de Justiça – 48 Julgados classificados como “Inadmissível”		
Tribunal	Processo	Observação
TJDFT	Apelação Cível 20050610110755	
TJDFT	Apelação Cível 20080710316235	
TJGO	Apelação Cível 131.468-4/188	
TJMG	Apelação Cível 1.0499.07.006379-1/002	
TJMG	Apelação Cível 1.0024.07.790961-2/001	
TJMG	Apelação Cível 1.0251.08.026141-4/001	Fundamentação similar à da Apelação 1.0024.07.790961-2/001
TJMG	Apelação Cível 1.0707.05.095951-9/001	
TJPR	Apelação Cível 377551-7	
TJPR	Apelação Cível 0639544-4	
TJPR	Apelação Cível 986880-4	
TJRJ	Embargos Infringentes 2009.005.00182	
TJRS	Embargos Infringentes 70019769520	
TJRS	Apelação Cível 70022661649	
TJRS	Apelação Cível 70024047284	
TJRS	Apelação Cível 70024351322	Fundamentação similar à da Apelação 70022661649
TJRS	Apelação Cível 70026428714	Fundamentação similar à da Apelação 70022661649
TJRS	Apelação Cível 70026680868	
TJRS	Apelação Cível 70029347036	Fundamentação similar à da Apelação 70026680868
TJRS	Apelação Cível 70032449662	
TJRS	Apelação Cível 70040268732	
TJRS	Apelação Cível 70040604498	Fundamentação similar à da Apelação 70040268732
TJRS	Apelação Cível 70035087097	Fundamentação similar à da Apelação 70026680868
TJRS	Apelação Cível 70045481207	Fundamentação similar à da Apelação 70026680868
TJRS	Apelação Cível 70044696359	

TJRS	Apelação Cível 70050203751	Fundamentação similar à da Apelação 70040268732
TJRS	Apelação Cível 70052059417	
TJRS	Apelação Cível 70054827019	Fundamentação similar à da Apelação 70052059417
TJSC	Apelação Cível 2010.026873-7	
TJSC	Apelação Cível 2010.029238-1	
TJSC	Apelação Cível 2011.073787-1	
TJSC	Apelação Cível 2009.070299-8	Fundamentação similar à da Apelação 2011.073787-1
TJSC	Apelação Cível 2014.026543-4	
TJSE	Apelação Cível 201400803473	
TJSP	Apelação Cível 01366862	
TJSP	Apelação Cível 0001644686	Fundamentação similar à da Apelação 01366862
TJSP	Apelação Cível 0002074792	
TJSP	Apelação Cível 0002343441	Fundamentação similar à da Apelação 0002074792
TJSP	Apelação Cível 0002772643	Fundamentação similar à da Apelação 0002074792
TJSP	Apelação Cível 0003408317	
TJSP	Apelação Cível 0003434928	
TJSP	Apelação Cível 0003494182	
TJSP	Apelação Cível 0003675784	
TJSP	Apelação Cível 20130000318364	
TJSP	Apelação Cível 20140000128656	
TJSP	Apelação Cível 20140000241417	
TJTO	Apelação Cível 10.270	

Dentre os julgados dos Tribunais de Justiça que acolheram a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, observou-se que, em 25 casos, houve preocupação em se delinear em que consiste o dever de cuidado. Ei-los:

TABELA 3

Tribunais de Justiça – 25 Julgados classificados como “Admissível”		
Tribunal	Processo	Observação
TJDFT	Apelação Cível 20120111907707	
TJMG	Apelação Cível 408.550-5	
TJMG	Apelação Cível 1.0144.11.001951-6	

TJMG	Apelação Cível 1.0145.07.411698-2	
TJPR	Apelação Cível 768524-9	
TJPR	Apelação Cível 640.566-7	
TJRJ	Apelação Cível 2007.001.11909	
TJRJ	Apelação Cível 0154617-61.2010.8.19.0001	
TJRJ	Apelação Cível 2007.001. 45918	
TJRJ	Apelação Cível 2009.001.41668	
TJRN	Apelação Cível 2013.009482-5	
TJRS	Apelação Cível 70021427695	
TJRS	Apelação Cível 70022648075	
TJRS	Apelação Cível 70021592407	
TJRS	Apelação Cível 70020676631	
TJSC	Apelação Cível 2011.033410-1	
TJSC	Apelação Cível 2012.029067-5	
TJSC	Apelação Cível 2012.083670-1	
TJSP	Apelação Cível 20130000508864	
TJSP	Apelação Cível 20140000057568	
TJSP	Apelação Cível 20140000194707	
TJSP	Apelação Cível 20140000272353	
TJSP	Apelação Cível 20140000287266	
TJSP	Apelação Cível 20140000638989	
TJSP	Apelação Cível 20140000677546	

Uma vez apontados os julgados escolhidos, passa-se a elencar os fundamentos utilizados para o enfrentamento da tese da responsabilidade civil por abandono afetivo.

1.4. Identificação dos fundamentos

1.4.1. Julgados desfavoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo

O Recurso Especial 757.411/MG foi denominado como “Caso 1” na presente pesquisa para facilitar a identificação do caso com julgados que adotaram a tese

desfavorável à possibilidade de reparação do dano moral por abandono afetivo. Os adeptos à tese adotada no Caso 1 são aqueles identificados na “Tabela 2” e sustentam que:

- a) a consequência jurídica possível para o desatendimento das necessidades do filho na ordem afetiva é a perda do poder familiar;
- b) a desejada reconciliação entre pai e filho não será alcançada por meio de ação judicial – o que estimularia a formação de relações artificiais entre os familiares;
- c) a indenização almejada não reparará a dor sofrida pelo filho abandonado;
- d) é inviável identificar a causa do sofrimento da vítima;
- e) não há prática de ato ilícito por parte do pai, uma vez que não há dever jurídico de amar, pois as pessoas têm o direito à liberdade afetiva, o que torna inviável a intervenção do Estado na intimidade das relações familiares (trata-se de obrigação meramente moral).

O fundamento descrito no item “a” não é suficiente para, isoladamente, afastar a responsabilidade civil por abandono afetivo. O fato de a lei prever a possibilidade de perda do poder familiar como punição contra o pai faltoso, esta consequência não afasta o dever de indenizar pelo ato (ou omissão) gerador da penalidade em comento. A título de exemplo, um pai que pratica abuso sexual contra o filho poderá responder pelo crime de estupro; perder o poder familiar; ser condenado a pagar indenização em favor da vítima.

O argumento consequencialista no sentido de que a ação reparatoria não promoverá a desejada reconciliação entre os envolvidos também não é suficiente para, por si só, afastar a tese sustentada no “Caso 2”. A paz social e a conciliação entre os litigantes podem ser indicadas como um dos fins do ordenamento jurídico, mas nem sempre o exercício do direito de ação será capaz de fazê-lo. A sentença poderá implicar na adoção de um comportamento artificial por parte do condenado, o que não é apontado corriqueiramente como razão suficiente para que o Poder Judiciário se abstenha de decidir.

A tese referida no item “c” assemelha-se ao discurso dos adeptos à superada teoria que negava a possibilidade de reparação do dano moral.²⁴ O objetivo da reparação pecuniária do dano moral não é dar um preço à dor, nem mesmo reconstituir o *status quo ante* no estado anímico da vítima, mas promover uma resposta jurídica repreensiva de um comportamento considerado ilícito que, de alguma maneira, afeta a esfera de direitos extrapatrimoniais da vítima.

Quanto à prova da causa do sofrimento da vítima, parece que a questão não comporta resposta uniforme para todos os casos. É plausível afirmar que um laudo psicológico poderia identificar as razões do sofrimento da vítima ou mesmo que a ausência de uma referência parental causa, presumivelmente, dano extrapatrimonial ao filho.

Nesse ponto, porém, cumpre ponderar se a análise da figura jurídica nexos causal seria possível quando se trata da psique humana. A atribuição do resultado “sofrimento” à conduta omissiva do pai faltoso, feita analogamente a um resultado naturalístico (morte causada por um tiro; dano causado pela colisão), parece não se adequar à complexidade das reações afetivas do ser humano. Incumbir a outrem culpa pela dor sofrida, no caso do abandono afetivo, em nada contribui para a promoção de seres humanos independentes, maduros e aptos a enfrentar a vida adulta, pois se reforça a ideia de terceirização da responsabilidade pelo ato de lidar com as frustrações, o que, na visão da psicologia, é questão a ser enfrentada pelo próprio frustrado.²⁵

²⁴ Yussef Said Cahali elenca os principais fundamentos da teoria negativista do dano moral: : a) impropriedade da linguagem quanto à palavra dano; b) incerteza quanto ao direito violado, uma vez que a subjetividade humana não seria objeto de tutela jurídica; c) dificuldade na identificação do dano moral; d) inviabilidade da equivalência na reparação de dano não-material; e) a aplicabilidade do Direito Penal contra ofensa aos direitos da personalidade; f) a imoralidade de se compensar a dor com pecúnia; g) o arbítrio conferido aos juízes na fixação do valor da indenização. E, em resposta, sustenta que: a) o termo “dano” está ligado à ideia de diminuição do bem-estar, seja ele patrimonial ou não, pelo que não se afigura razoável limitar-se o conceito de dano; b) a subjetividade humana é juridicamente tutelada na medida em que há proteção legal aos direitos da personalidade; c) a dificuldade na identificação do dano não é motivo razoável para negar-se a sua reparação; d) a equivalência não se aplica ao dano moral, o qual é objeto de compensação de caráter satisfativo; e) a possibilidade de aplicação do direito penal a um fato danoso não contraria a teoria do dano no direito civil; f) não há imoralidade em se atribuir uma resposta jurídica ao desrespeito aos seus direitos – imoral seria “proclamar-se a total indenidade do causador do dano”; g) o arbítrio judicial também é, por vezes, utilizado na fixação do valor da reparação patrimonial. CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 27-28.

²⁵ A título de exemplo, citamos trechos de laudos encontrados nos julgados selecionados, de onde se pode extrair que, na visão daqueles profissionais, não há correlação de causa e efeito entre a conduta do pai e o sofrimento da parte autora. Há, ao revés, um “filtro” muito importante neste liame:

Ainda que haja prova deste liame causal entre omissão e o dano, não se pode olvidar que as regras da responsabilidade civil aplicáveis ao caso somente incidiriam quando se está diante da prática de um ato ilícito. Por tais razões, defende-se que o ponto central da tese desfavorável à responsabilidade civil por abandono afetivo reside na resistência em se reconhecer como obrigação jurídica condutas correlatas à expressão do amor, questão própria da intimidade humana e, portanto, fora do campo jurídico.

As razões expressadas pelos julgadores para não reconhecer a prática de ato ilícito comumente enfatizam os limites do Direito, sugerindo que nem todos os danos sofridos ao longo da vida serão reparados no âmbito jurídico. Alguns estariam restritos à esfera da Moral ou da convivência social. Quem quer que opte por gerar um filho (ou tenha a paternidade/maternidade deste reconhecida judicialmente), terá o dever de cuidar dele, mas essa seria uma obrigação moral, e não jurídica.²⁶

a capacidade da própria pessoa de lidar com o sofrimento, aliada ao estímulo recebido pelo meio em que ela se insere, o que pode facilitar ou dificultar o enfrentamento do desafio pessoal vivenciado por cada um. O abandono é relatado como uma percepção do filho, e não como um dado demonstrável:

“Os dados sinalizam que Vanessa apresentava idéias idealizadas do pai, pautadas por afetos positivos direcionados a sua figura, os quais se contrapunham às incertezas e aos sentimentos de abandono vivenciados pelo distanciamento entre eles. As limitações pessoais de Vanessa e familiares parecem ter dificultado a elaboração de tais vivências primitivas e favorecido sentimentos de insegurança e medo, que potencializaram em alguns momentos conflitos internos. Apesar de tais conflitos, a requerente desenvolveu estreitos vínculos afetivos com seus pares e conquistou sua inserção no mercado de trabalho e no ensino superior, evidenciando a presença de bons recursos cognitivos e de socialização. [...] Foi indicado à requerente também a possibilidade de que procure atendimento psicológico, a fim de potencializar seus recursos internos e de lhe oferecer espaços interativos de reflexão.” (Transcrição do laudo formulado nos autos da Apelação Cível 20140000638989, Tribunal de Justiça de São Paulo)

“Fábio tem prejuízo em sua vida diária, acarretando problemas em seu desenvolvimento adequado. A situação de penúria, a dependência de terceiros, a moradia precária e as situações de estresse, que via de regra vem sofrendo, fazem parte de sua vida. Aliado a isso, a consideração de abandono emocional.” (Transcrição do laudo formulado nos autos da Apelação Cível 70021427695, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul)

“...o laudo pericial (fls. 124/129) aponta que há certo distúrbio psíquico do autor, e considera estar relacionado a experiências familiares traumáticas e condição sociocultural e familiar; no entanto, não resta claro que tais experiências traumáticas derivam do abandono do pai, podendo muito bem ser derivada de motivos outros, como o simples fato de seus pais não estarem juntos” (Transcrição do voto proferido na Apelação Cível 20140000272353, Tribunal de Justiça de São Paulo)

“É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árida batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo.” (Transcrição do laudo formulado nos autos da Apelação Cível 408.550-5, Tribunal de Justiça de Minas Gerais)

²⁶ Nesse sentido, destaque-se trecho do voto da Relatora na Apelação Cível 986880-4, Tribunal de Justiça do Paraná: “aquele que opta por ter um filho ou que tem reconhecida a paternidade tem correspondente dever de cuidar, mas dever moral, não quantificável pecuniariamente”.

Alguns julgados pesquisados registram expressamente este entendimento:

Mas todos esses sentimentos [materno, paterno ou filial] têm, como corretamente indicado na sentença, expressão apenas no campo da Moral, sendo irrelevantes no campo do Direito. Não há lei que obrigue um pai a amar igualmente todos os seus filhos. A lei não pode (porque não conseguiria se impor na prática) forçar as pessoas a serem boas!²⁷

Ademais, a suposta perda de uma chance do filho, os prejuízos materiais que lhe foram impostos ao longo da vida, os dissabores, as mazelas, devem ser contabilizados como a sua história pessoal. Sem dúvida é uma história triste. Mas é a vida real, sem maniqueísmos, mocinhos ou bandidos. É simplesmente a vida como ela é.²⁸

A falta de carinho, de “afeto”, de amizade ou de atenções que denotem o amor de pai ou de mãe, é fato lamentável, mas não constitui, em si, a violação de direito algum.

Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente às categorias do imanente e do transcendente, e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia.²⁹

[...] existem nas relações jurídicas pessoais determinadas características que não encontram fundamento no direito positivo, mas decorre da própria essência de ser humano.³⁰

[...] não se pode obrigar a existência de um padrão de relacionamento entre familiares, afastando possibilidades afetivas ruins e empobrecedoras, sob pena de invasão total e completa na vida das pessoas. O que se exige é um mínimo de proteção material e moral, contudo isso não significa um dever completo de aproximação e afeto. O ordenamento jurídico não pode invadir o corpo físico das pessoas e incutir uma obrigação de gostar de um outro indivíduo. A qualidade de pai traz

²⁷ Trecho do voto relator da Apelação Cível 0003408317 (0003535-74.2007.8.26.0168), Tribunal de Justiça de São Paulo.

²⁸ Trecho do voto relator proferido na Apelação Cível 70024047284, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

²⁹ Trecho do voto relator proferido na Apelação Cível 70035087097, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

³⁰ Trecho do voto revisor proferido na Apelação Cível 20050610110755, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

implicações materiais e morais, mas não força um bem querer inexistente.³¹

As transcrições ora feitas têm o propósito de proporcionar a leitura dos termos utilizados pelos próprios julgadores, bem como de trazer à luz a observação de que, ao rejeitar a tese do cuidado como dever jurídico, é recorrente o uso do argumento de que o Direito seria inadequado para apreender o fenômeno do abandono afetivo, o que foi considerado o elemento central das razões o indeferimento de pedidos dessa natureza.

1.4.2. Julgados favoráveis à responsabilidade civil por abandono afetivo

O Recurso Especial 1.159.242/SP foi denominado como “Caso 2” na presente pesquisa para facilitar a identificação do caso com julgados que adotaram a tese favorável à responsabilidade civil por abandono afetivo. Os julgados adeptos a este entendimento são os identificados na “Tabela 3”, e sustentam que:

- a) a destituição do poder familiar não impede a reparação civil;
- b) é necessária a proteção da dignidade da pessoa humana;
- c) é possível deduzir que a ausência paterna causa sofrimento;
- d) não se trata de dever jurídico de amar, mas de dever de cuidado (assistência moral), decorrente dos princípios do direito de família e do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais, se violados, geram ato ilícito.

É possível sugerir que os argumentos elencados nos itens “a”, “b” e “c” são corretos, a princípio. Quanto ao primeiro, já se expôs, em linhas anteriores, as razões de sua correção.

Sobre o segundo (item “b”), não há quem discorde sobre a importância da proteção da dignidade da pessoa humana. Contudo, a invocação deste princípio não foi feita, pelos julgados encontrados, de forma minudente. Nenhum deles evidenciou as circunstâncias sopesadas pelos julgadores para fundamentar a conclusão de que a dignidade humana fora violada no caso concreto, o que será visto mais adiante.

³¹ Transcrição, feita pelo relator da Apelação Cível 0639544-4 do Tribunal de Justiça do Paraná, de trecho da sentença proferida naqueles autos e utilizada como parte das razões de decidir da turma julgadora.

É possível inferir que uma pessoa abandonada afetivamente por seu pai ou mãe sofra prejuízo de ordem subjetiva e, a depender do caso concreto, ao saudável desenvolvimento psicossocial, o que, em tese, poderia ser identificado como uma lesão à dignidade da pessoa abandonada. Porém, para o surgimento do dever de reparação pelo prejuízo, necessária a prática de ato ilícito.

Em face das razões expostas, o presente trabalho considera que o ponto central da tese adotada no “Caso 2” reside no argumento de que a conduta ilícita do pai (ou mãe) faltoso(a) é definida pela não observância do dever de cuidado, que impõe ao par parental o dever de prestar assistência moral à prole.

Os julgados identificados na “Tabela 3”, adeptos da tese adotada no “Caso 2”, preocupam-se em expor a diferença entre o dever de cuidado – obrigação jurídica e o dever de amar – obrigação moral,³² a fim de afastar a alegação sustentada no “Caso 1” no sentido de que ninguém pode ser obrigado a amar.

Afirma-se que o dever de cuidado decorre da interpretação dos dispositivos legais. São eles: os artigos 5º, incisos V e X (garantia de reparação do dano moral), e 227 (impõe à família e ao Estado cuidar da criança e do adolescente), da Constituição Federal; os artigos 186 e 927 do Código Civil (regras elementares da responsabilidade civil); além do artigo 1.634 do Código Civil (deveres inerentes ao poder familiar) e do artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente (dever de guarda, educação e sustento dos filhos menores).

Quanto aos comandos legislativos incidentes especificamente sobre as relações paterno-filiais (artigos 1.634 do Código Civil e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente), há destaque para os deveres de guarda dos pais em relação aos filhos o que – argumenta-se – guarda correlação com o direito da criança e do

³² Um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná, no entanto, chama a atenção por, diferentemente dos demais adeptos à tese exposta no Caso 2, não se preocupar em diferenciar o dever de cuidado com o dever de amar. Nos termos do voto do relator:

“...o menor e o adolescente, nos termos da cabeça do art. 227 da Constituição Federal, tem direito à convivência familiar; isso é fundamental para seu desenvolvimento integral. Os pais tem não só o direito, mas também a obrigação de assistir, alimentar, de educar e amparar os seus filhos menores de idade.

A Constituição Colombiana, em seu art. 44, garante aos filhos o direito fundamental ao amor, o que se pode extrair, implicitamente, também da nossa, eis que os direitos fundamentais são cláusulas abertas e decorrem não só do texto constitucional, também dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos.”

(Apelação Cível 768524-9, Tribunal de Justiça do Paraná)

adolescente à convivência familiar (artigos 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 227 da Constituição Federal). Nesse sentido:

[...] é defeso aos pais se eximirem de adimplir seus compromissos alegando a ausência do dever de amar, porque cabe-lhes o dever constitucional, assegurado também pelo art. 22 do ECA, de criar, educar, e proteger os seus filhos.

Em verdade, o abandono afetivo é uma conduta flagrantemente ilícita, já que ignora os encargos impostos àquele que tem filho, as quais se encontram preconizadas no art. 1.634 do CC/022 e art. 22 do ECA.

Referidas normas são claras ao exigirem dos pais uma conduta ativa em relação aos filhos. Assim, quer queira quer não, quer ame quer não, o simples fato de ter gerado uma vida compele os pais a cumprirem uma séria de obrigações, todas previstas em lei.³³

No seio da família da contemporaneidade desenvolveu-se uma relação que se encontra deslocada para a afetividade. Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado.

[...]

O princípio da efetividade (sic) especializa, no campo das relações familiares, o macroprincípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que preside todas as relações jurídicas e submete o ordenamento jurídico nacional.³⁴

Ao lado do dever parental, é mencionado o direito do filho à convivência familiar, direito este indisponível e imprescindível para a garantia do desenvolvimento humano deste.³⁵

³³ Trecho do voto revisor proferido na Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

³⁴ Trecho do voto relator proferido na Apelação Cível 408.550-5, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. No contexto da ordem de argumentação do voto, acredita-se que a referência ao princípio da “efetividade” seja um erro material, pois pretendia o relator referir-se ao “princípio da afetividade”.

³⁵ Trecho do voto relator da Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Muito mais que obrigação dos pais, o pleno desenvolvimento e o convívio saudável entre o filho e o pai é direito indisponível do filho”. O propósito desta citação não comporta o debate sobre a natureza do direito à convivência familiar. No entanto, não podemos deixar de questionar a “indisponibilidade” deste direito, em especial quanto à pessoa do filho, pois, por vezes, é a criança quem manifesta desinteresse em conviver com o pai (por motivos justificáveis ou não), de modo que interpretar o direito à convivência como indisponível pode resultar em prejuízo ao próprio menor que se pretende tutelar.

As divergências surgem quando da especificação objetiva das condutas que configuram o abandono afetivo (e, conseqüentemente, a violação do dever de cuidado). Como já visto, no voto do “Caso 2”, a Ministra Relatora argumenta que, quando da apuração da conduta do pai faltoso, o julgador deverá atentar que há um núcleo mínimo de cuidados impostos aos pais, e observar a ocorrência de ações, tais como: “presença; contatos[...]; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos”.

Ainda perante o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do “Caso 2”, o Ministro Sidinei Beneti, como já observado, indicou atos pelos quais compreendeu ter ocorrido o abandono afetivo, destacando: adquirir patrimônio para outros filhos em prejuízo da vítima; não demonstrar “carinho, afeto, amor, atenção apoio moral, nunca havendo sentado no colo do pai, nunca recebendo conselhos, experiência e ajuda na escola, cultural e financeira”; não auxiliar com despesas excepcionais, com o pagamento da pensão alimentícia apenas por força de ordem judicial; reconhecer a paternidade também por força de ação judicial.

Junto aos Tribunais de Justiça, não se vislumbrou a indicação de atos concretos aptos a violar o dever de cuidado, via de regra. A configuração do abandono afetivo é justificada com base em afirmações genéricas, tais como “o abandono emocional de um pai para com um filho”³⁶; ou “evidente negligência dos pais para com os filhos”³⁷; ou omissão dos pais “no tocante aos seus deveres de educação, afeto, atenção, cuidado e desvelo”³⁸; “desrespeito aos primados constitucionais e atingindo a esfera dos direitos de personalidade do filho, notadamente o direito a ser cuidado, amado e respeitado”³⁹; ou, ainda:

Por abandono afetivo entende-se a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole. [...] pode-se constatar que o Réu/Apelado não possui qualquer interesse em estreitar os laços afetivos com o menor, ao contrário, restou demonstrado

³⁶ Trecho do voto relator da Apelação Cível 70022648075, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

³⁷ Trecho do voto do relator da Apelação Cível 2007.001.11909, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

³⁸ Trecho do voto relator da Apelação Cível 2012.083670-1, Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

³⁹ Trecho do voto relator da Apelação Cível 2011.033410-1, Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

que o Réu/Apelado pretende se ver liberto do que parece ser um percalço em sua [sic]...⁴⁰

A responsabilidade da paternidade vai além do meramente material, implicando em procurar moldar no caráter dos filhos os valores e princípios que lhes farão enveredar pela vida, cômicos da necessidade da prática do bem, que norteará sua busca pela felicidade e pautará a conduta dos mesmos nos anos vindouros, seja no lado emocional, seja no lado profissional e igualmente no lado espiritual, vez que a religião corrobora para aprimorar o caráter.⁴¹

No julgado a seguir, a conclusão pela ocorrência do abandono afetivo vem logo após a transcrição, pelo Desembargador Relator, de trecho do laudo psicológico⁴² elaborado nos autos, sem a formulação da regra para aplicação da responsabilidade civil ao caso concreto:

Assim, ao meu entendimento, encontra-se configurado nos autos o dano sofrido pelo autor, em relação à sua dignidade, a conduta ilícita praticada pelo réu, ao deixar de cumprir seu dever familiar de convívio e educação, a fim de, através da afetividade, formar laço paternal com seu filho, e o nexo causal entre ambos.

Nos casos a seguir citados, indicam-se outros elementos caracterizadores do abandono afetivo: “ausência de citação do nome da apelada no informativo veiculado pela prefeitura”, embora o apelado tenha citado os demais filhos na ocasião⁴³; restrição da conduta parental ao estrito cumprimento do dever alimentar⁴⁴; reconhecimento pelo pai, nos autos do processo, de ausência de afeto pelo filho⁴⁵; ausência de iniciativa do pai de reconhecer a paternidade da criança, apesar de ciente do liame biológico entre eles⁴⁶; envio de cartas ao filho denegando a imagem da

⁴⁰ Trecho do voto relator da Apelação Cível 20120111907707, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acredita-se que tenha ocorrido um erro material ao final da oração, faltando o termo “vida” após o “percalço em sua”.

⁴¹ Apelação Cível 20140000287266, Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁴² “É como se ele tentasse transformar o genitor em pai e, nesta árdua batalha, procurasse persistentemente compreender porque o Sr. Vicente não se posiciona como um pai, mantendo a expectativa de que ele venha a fazê-lo.” (fls. 72). “Neste contexto, ainda que pese o sentimento de desamparo do autor em relação ao lado paterno, e o sofrimento decorrente, resta a Alexandre, para além da indenização material pleiteada, a esperança de que o genitor se sensibilize e venha a atender suas carências e necessidades afetivas.” (fls.74). – Apelação Cível 408.550-5, Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

⁴³ Apelação Cível 1.0144.11.001951-6/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

⁴⁴ Voto do relator na Apelação Cível 1.0145.07.411698-2/001, Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

⁴⁵ Voto do relator na Apelação Cível 768524-9, Tribunal de Justiça do Paraná.

⁴⁶ Apelação Cível 0154617-21.2010.8.19.0001, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

mãe⁴⁷; descumprimento do dever de visitas⁴⁸; abandonar filha recém-nascida ainda no hospital⁴⁹.

A diversidade de circunstâncias fáticas consideradas para preenchimento da norma contida no dever jurídico de cuidado indica a instabilidade semântica a respeito do tema, o que pode ser problemático para a garantia de coerência e coesão do sistema e para a compreensão, por parte dos destinatários da norma, do conteúdo da referida obrigação legal. Releva, portanto, refletir sobre o significado dos deveres parentais, analisando-se de forma crítica o que levou o Poder Judiciário a acolher a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo.

⁴⁷ Apelação Cível 2007.001.45918, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

⁴⁸ Apelação Cível 20130000508864, Tribunal de Justiça de São Paulo.

⁴⁹ Apelação Cível 20140000057568, Tribunal de Justiça de São Paulo. Caso em que a parte ré era mãe da parte autora.

2. CAPÍTULO 2: O DISCURSO SUBJACENTE AO DEVER DE CUIDADO E A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO

Descrever os traços gerais que compõem o atual discurso dos juristas, com foco voltado para o tema dos deveres parentais no contexto brasileiro, pode contribuir para a melhor compreensão das razões pelas quais a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo ganhou força na atualidade.

O cotejo entre o discurso preponderante na doutrina civilista do século XX e o dominante na atualidade, influenciado pela escola do chamado Direito Civil Constitucional tem o propósito de expor a mudança do entendimento dos doutrinadores jurídicos sobre o tema dos deveres parentais.

Argumenta-se que, sob a influência do discurso da dignidade da pessoa humana e do Direito Civil Constitucional, a ideia de expansão da jurisdição é vista como positiva e, em certa medida, naturalizada, e os atores do campo jurídico passam a defender a apreensão, pelo Direito, de fenômenos antes não sujeitos às normas jurídicas.

Esta nova compreensão do Direito dá espaço para que o abandono afetivo, antes exemplo clássico de distinção entre obrigação moral e obrigação jurídica, passe a ser interpretado como uma violação de um dever de cuidado, imposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que reclamaria a intervenção do Poder Judiciário.

2.1. Elementos do discurso contemporâneo

2.1.1. Dignidade da pessoa humana

A concepção de dignidade humana não é obra do pensamento jurídico, nem uma novidade inserida pela Constituição Federal. Aponta-se a filosofia cristã como uma das raízes do conceito ocidental atual de dignidade da pessoa humana. Tem destaque a obra do humanista Giovanni Pico Della Mirandola, *Oratio de Hominis Dignitate*, datada de 1486. Por conceber o exercício do livre arbítrio do homem como uma faculdade de esculpir seus próprios fins, o filósofo contribui para o desenvolvimento da concepção atual de dignidade humana.⁵⁰ Agostinho de Hipona e

⁵⁰ A obra referida está disponível em:

<<http://www.uis.edu.co/webUIS/es/mediosComunicacion/revistaSantander/revista5/dignidadHombre.pdf>> Acesso em 19/02/2015.

Tomás de Aquino também influenciam na formulação do conceito, ao cuidarem da definição de pessoa, integrante da expressão em análise, a ser compreendida como referência a um ser concreto, individual, e não à espécie à qual se pertence. A partir desta perspectiva, a pessoa humana não é a sua natureza, “a pessoa humana é o ser que *tem* natureza humana”, de modo que nenhum critério seria adequado para “reconhecer um membro do gênero humano como pessoa: todos os seres humanos são pessoas”.⁵¹

Em suma, a influência da filosofia cristã no atual conceito de dignidade da pessoa humana consiste na compreensão do ser humano como detentor de valor por si próprio, pelo fato de que todos são feitos à imagem de Deus. O livre arbítrio, por seu turno, dá ao ser humano o poder de viver conforme suas próprias escolhas racionais, moldando sua vida segundo o seu próprio juízo.

Além do discurso cristão sobre o valor do ser humano, a doutrina indica o kantismo como outra relevante raiz filosófica da ideia de dignidade da pessoa humana tal qual concebida na atualidade. Immanuel Kant traz novamente à tona a ideia de que o ser humano existe como um fim em si mesmo, e não pode ser utilizado arbitrariamente como meio da vontade de outrem. Em certa medida alinhado ao pensamento cristão, Immanuel Kant destaca que a autonomia (livre arbítrio) é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional. O ser humano, considerado um fim em si mesmo, no exercício de sua autonomia e racionalidade, deverá formular as normas pelas quais pautará sua vida. A autonomia do ser humano de traçar seu próprio destino, de acordo com as máximas morais desenvolvidas por ele próprio, no exercício de sua racionalidade (porém, sempre em observância à universalidade de suas máximas), é o que lhe confere a dignidade. Por ser um fim em si mesmo, o ser humano é insubstituível, impassível de ser designado sob preço, dado seu valor intrínseco: a dignidade.⁵²

A ideia de Immanuel Kant de que o ser humano deve ser considerado um fim em si mesmo, por ser dotado de dignidade enquanto tal (humano), desvincula o

⁵¹ BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In FILHO, Agassiz Almeida. MELGARÉ, Plínio. (Orgs.) *Dignidade da Pessoa Humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 42-49 e 53.

⁵² KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68-77.

conceito de dignidade do *status* social e influencia, em certa medida, o pensamento jurídico-filosófico acerca do valor humano no desenrolar da história, até os tempos atuais.

Importa observar, para os fins do presente estudo, que autores contemporâneos⁵³ associam a inserção da dignidade da pessoa humana no texto constitucional como um efeito do pós-Segunda Guerra Mundial. Sustentam que, a partir deste marco histórico, o modelo de Constituição se modifica para ir além da mera exigência de abstenção do Estado em respeito à liberdade individual, para exigir deste a implementação de direitos (inclusive sociais).

Argumenta-se que a dignidade da pessoa humana é algo o que precede o ordenamento jurídico, um “componente ético-jurídico ao qual se subordina todo o direito”.⁵⁴ A ordem jurídica não defere nem cria a dignidade da pessoa humana, mas apenas a reconhece como princípio fundamental do ordenamento jurídico e da própria vida em sociedade, de modo que não pode ser considerada como um conceito estático e acabado, mas um princípio a ser constantemente construído a partir do sentimento e das realizações almejadas por cada povo.⁵⁵

⁵³ A associação é feita por autores adeptos ao Direito Civil Constitucional e estudiosos do Neoconstitucionalismo. Cita-se, a título de exemplo:

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 240, abr./jun. 2005;

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005;

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In FILHO, Agassiz Almeida. MELGARÉ, Plínio. (Orgs.) *Dignidade da Pessoa Humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010;

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008;

FACHIN, Luis Edson; FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos e dignidade à luz do STF: Constituição e debate sobre pesquisas com células-tronco embrionárias. In COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. (Coord.) *A Modernização do direito Civil – Volume II*. Recife: Nossa Livraria, 2012.

LAGE, Livia Regina Savernini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos?, In *Revista de Processo*, v. 35, n. 184, jun. 2010;

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005;

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional, *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: ano 18, n. 70, abr./jun. 2010.

⁵⁴ FACHIN, Luiz Edson. RUZYK, Carlos E. Pianovski. In TORRES, Silvia Faber (supervisora); TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 307-308.

⁵⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Justiça e Exclusão Social. *Anais da XII da Conferência Nacional da OAB*. 1999, p. 69-92.

Como princípio jurídico, a dignidade da pessoa humana serviria como fonte dos direitos fundamentais, além de nortear a formação de um sentido homogêneo para o sistema dos direitos fundamentais, de modo que o rol desses direitos não pode ser interpretado sem tal referencial hermenêutico.⁵⁶ Na mesma esteira, Nelson Rosenthal defende que o princípio tem como função assegurar a integridade e a efetividade constitucional, servindo de norte ao intérprete, demonstrando que o Estado deve ser subserviente ao ser humano; bem como representa o núcleo essencial do direito geral da personalidade.⁵⁷

Ingo Wolfgang Sarlet destaca duas funções do princípio da dignidade humana: a) servir de critério para “aferição da legitimidade e da unidade de sentido do sistema jurídico”, na medida em que é a referência interpretativa na hierarquia do processo hermenêutico; b) promove a abertura do catálogo de direitos considerados fundamentais em nosso ordenamento jurídico, servindo de diretriz para o reconhecimento de direitos implícitos e de fonte de direitos fundamentais autônomos.⁵⁸ O mesmo autor define o princípio jurídico da dignidade humana da seguinte maneira:

...temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegure a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁹

A Constituição Federal brasileira menciona a dignidade da pessoa humana já em seu artigo 1º, como fundamento da república, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. O termo é

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 180-181.

⁵⁷ ROSENTHAL, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 50-55.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. In TORRES, Silvia Faber (supervisora); TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 339-344.

⁵⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.59-60.

ainda referido no texto constitucional como finalidade da ordem econômica (artigo 170); princípio do planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º); direito da criança e do adolescente (artigo 227) e do idoso (artigo 230).

A expressa menção ao princípio em várias passagens do texto constitucional reforça, na doutrina nacional, a ideia de que se trata de expressão com conotação valorativa central na ordem jurídica nacional, instituindo princípio que norteia a compreensão dos direitos fundamentais, mas também a própria estrutura do Estado. Autores do Direito Civil contemporâneo⁶⁰ defendem que o legislador constituinte pátrio reconheceu que a dignidade da pessoa humana antecede ao poder estatal, legitimando-o, e por isso lhe serve de fundamento, uma vez que o Estado serve ao ser humano, “já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”.⁶¹ Essa visão é reforçada pelo discurso da chamada Escola do Direito Civil Constitucional.

A inserção da dignidade no texto constitucional não é uma novidade das Cartas Políticas no Brasil. As Constituições Federais de 1934 e 1946 previam a existência digna como um pressuposto de organização da ordem econômica.⁶² A Constituição de 1967 mencionava a dignidade humana ao lado da valorização do trabalho, também

⁶⁰ O discurso de que, a partir da Constituição de 1988, o Direito põe a pessoa humana em foco pode ser visto em, por exemplo:

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. In NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Et all.* (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. In TORRES, Silvia Faber (supervisora); TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 337.

⁶² BRASIL, Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 21/09/2015. “Art 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

BRASIL, Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 21/09/2015.

“Art 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.”

em artigo sobre a ordem econômica.⁶³ Até mesmo o Ato Institucional n. 05 faz menção à dignidade humana como base para assegurar a ordem democrática.⁶⁴

Ocorre que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a referência à dignidade da pessoa humana como fundamento da república faz com que o discurso de promoção deste valor ganhe força entre os juristas, em especial quando aliado ao discurso da constitucionalização dos direitos. Reconhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da república pode reforçar a ideia de que está a se tratar de um valor supralegal, precedente ao próprio Estado, ao qual todos os poderes constituídos devem ser subservientes.

A dignidade da pessoa humana vem sendo utilizada para fundamentar o reconhecimento vários direitos. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, há referência ao princípio nas razões de decidir de julgados sobre direito ao esquecimento⁶⁵; direito à alteração de registro em virtude da identidade de gênero do titular⁶⁶; inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 128 e 128, I e II do Código Penal, que tratariam como crime a interrupção terapêutica de gravidez de feto anencéfalo⁶⁷; reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar⁶⁸. A dignidade da pessoa humana foi utilizada, Junto ao Superior Tribunal de Justiça, nas razões de decidir de casos sobre o direito ao conhecimento da origem biológica da

⁶³ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em 21/09/2015.

"Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana;"

⁶⁴ BRASIL, Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm> Acesso em 21/09/2015.

"CONSIDERANDO que a Revolução Brasileira de 31 de março de 1964 teve, conforme decorre dos Atos com os quais se institucionalizou, fundamentos e propósitos que visavam a dar ao País um regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana, no combate à subversão e às ideologias contrárias às tradições de nosso povo, na luta contra a corrupção, buscando, deste modo, "os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direito e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa pátria" (Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964)"

⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo* 833.248/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 11/12/2014.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário* 670.422/RS. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 11/09/2014.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 54/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12/04/2012.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 132/RJ. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgado em 05/05/2011. Publicado no DJe em 13/10/2011.

pessoa⁶⁹; a preservação do direito do filho de não se submeter ao exame de DNA após o falecimento do pai⁷⁰; admissão da responsabilidade civil por abandono afetivo⁷¹; confirmação do direito à indenização por dano moral em favor dos pais por força do falecimento do nascituro⁷²; reconhecimento de dano moral pelo corte no fornecimento de energia ao consumidor⁷³; admissão de prisão do devedor de pensão alimentícia fixada em acordo firmado perante o Ministério Público⁷⁴; além da questão levada também ao Supremo Tribunal Federal, acerca do direito ao esquecimento⁷⁵.

A referência aos julgados em comento tem o propósito de indicar que o discurso da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado para justificar as mais diversas proposições jurídicas. No entanto, via de regra, não há uma descrição minudente da medida em que a dignidade seria violada caso os direitos reclamados não fossem reconhecidos – como já se referiu na narrativa dos fundamentos utilizados para a adoção da tese do “Caso 2”, no capítulo anterior.

A ausência de descrição dos fatores pelos quais se entende que o princípio da dignidade da pessoa humana serve como fundamento para a adoção de uma tese jurídica põe em cheque a qualidade do argumento utilizado pelo jurista. A falta de transparência sobre as razões de decidir pode conduzir ao uso do princípio da dignidade da pessoa humana como “carta branca” para quase toda proposta de solução jurídica para um determinado caso concreto.

O discurso da dignidade da pessoa humana como um princípio jurídico encontra repercussão na ideia de constitucionalização do Direito. Para o propósito

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.458.696/SP. Terceira Turma. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Julgado em 16/12/2014; e *Agravo Regimental nos Embargos de Declaração do Recurso Especial* 1.201.791/SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 28/05/2013.

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.115.428/SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 27/08/2013.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.159.242/SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/04/2012.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.120.676/SC. Terceira Turma. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 07/12/2010.

⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.105.665/RS. Segunda Turma. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Relator para acórdão: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 17/04/2012.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.285.254/DF. Quarta Turma. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 04/12/2012.

⁷⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.334.097/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/05/2013.

deste trabalho, releva observar o desenvolvimento da escola do Direito Civil Constitucional na doutrina nacional.

2.1.2. Direito Civil Constitucional

A noção de constitucionalização do Direito Civil decorre da ideia de expansão das normas constitucionais, o que faz com que os princípios constitucionais irradiem por todo o ordenamento jurídico, com repercussão sobre os três Poderes.⁷⁶ Pietro Perlingieri é referência sobre o tema, e influencia na doutrina pátria. Segundo o autor, as normas constitucionais não servem apenas de limite às normas ordinárias, pois esta noção poderia indicar uma separação entre a legislação constitucional e infraconstitucional, quando a unidade do ordenamento jurídico impõe que os princípios gerais de cada ramo jurídico sejam identificados nos valores expressos pela Constituição. A compreensão de que a Constituição serviria de mera limitação ao legislador ordinário suprimiria o caráter promocional de suas normas, próprio de sua natureza e de sua razão de ser histórico-política. Ademais, a noção da norma constitucional como mero limite impede que esta seja utilizada pelos juristas como fonte normativa direta. O autor propõe uma interpretação constitucional da legislação, a qual “adapta os próprios instrumentos hermenêuticos à exigência primária de realização dos valores fundamentais”. A constitucionalização do direito implica em reconhecer a constituição como receptáculo de princípios éticos e, portanto, como elemento central do ordenamento jurídico, a nortear a interpretação das normas de acordo com a evolução dos valores da comunidade a que se refere. Defende o autor, porém, que essa constitucionalização não conduz a uma “hiperinterpretação do documento constitucional”, a ensejar como consequência o afrouxamento das regras hermenêuticas e o aumento da instabilidade e da incerteza do Direito.⁷⁷

Autores adeptos à doutrina do Direito Civil Constitucional⁷⁸ defendem, de forma similar, a imperiosidade de uma releitura do Direito Civil à luz da Constituição. Gustavo Tepedino considera que a ideologia que pautava o Código Civil de 1916, inspirado em um modelo liberal-burguês (coincidente com o Código Civil Napoleônico); centrado no

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005. p. 24-25.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 571-576.

⁷⁸ V. nota n. 56.

individualismo, na autonomia da vontade e no patrimonialismo; com o objetivo de garantir a segurança jurídica e a estabilidade das relações econômicas, não mais seria compatível com a nova ordem constitucional.⁷⁹

Carmen Lucia Silveira Ramos sustenta que, no ambiente político-ideológico liberal, típico do século XIX, o ser humano é considerado como um sujeito de direito abstrato, virtual, razão pela qual o foco da legislação, quanto ao exercício de direitos, estava voltado para a propriedade sobre bens, obrigando grande parte da sociedade a vender a sua força de trabalho. Pondera-se que o Estado liberal não se ocupou com as desigualdades fáticas (econômicas e sociais), focando apenas de instaurar um direito virtual à igualdade – a igualdade perante a lei.⁸⁰ O Direito Civil Constitucional apregoa, ao revés, uma rejeição à ideia de igualdade formal, de neutralidade e a desvinculação histórica do texto normativo e do intérprete.⁸¹

Antes, o Código Civil era considerado a constituição do direito privado. No entanto, no Brasil, a partir dos anos 30, Gustavo Tepedino identifica um movimento de edição de leis excepcionais, a fim de abarcar relações jurídicas e direitos específicos, não apreendidas pelo Código Civil, dada a velocidade da alteração dos fatos sociais. Com isso, o Código Civil perde seu caráter exclusivo de regulação das relações privadas, e as leis especiais surgem como forma de complementá-lo.⁸²

O discurso da constitucionalização dos Direito vai ao encontro do argumento segundo o qual há um efeito irradiador da dignidade da pessoa humana por todo o ordenamento jurídico, a partir de sua inserção como fundamento da República Federativa do Brasil, o que leva doutrinadores adeptos ao Direito Civil Constitucional defenderem que se deve compreender a pessoa como o centro de preocupação do ordenamento jurídico, o que implica em um enfraquecimento do papel patrimonialista da lei, atribuído aos ordenamentos jurídicos do século XIX, em privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concreta, com o propósito de

⁷⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1-3.

⁸⁰ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luis Edson. (Coord.) *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 5-6.

⁸¹ SHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 8: “A metodologia civil-constitucional nasce da convicção oposta: a de que não existe um direito civil ‘neutro’ ou ‘não histórico’.”

⁸² TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4-5.

promover a emancipação da pessoa.⁸³ Direito Civil sofre de uma fragmentação com a edição de leis extravagantes, pelo que a unidade do sistema é conferida pela pauta de princípios constitucionais, sendo o da dignidade da pessoa humana o de maior relevância.⁸⁴ É este princípio que altera o foco do Direito Civil, o qual, constitucionalizado, traz para o centro de discussão a relevância de se proteger o ser, antes do ter⁸⁵ (daí falar-se em um processo de “despatrimonialização” ou “repersonalização” do Direito Civil⁸⁶).

A proposta de uma nova visão do Direito Civil implica em uma nova visão da família como instituto jurídico. A família, antes válida somente se instituída por meio do matrimônio (este, indissolúvel), hierarquizada e patriarcal, dá espaço para ser formada por novos contornos sociais, e as normas jurídicas reguladoras da matéria passaram a refleti-los. A ideia de afeto passou a influenciar a doutrina contemporânea de Direito de Família.⁸⁷

Sob o argumento de que a dignidade da pessoa humana é o elemento central da nova ordem constitucional, torna-se relevante, no discurso da doutrina do Direito de Família, a constatação de que a família é o primeiro espaço de socialização humana, e, portanto, deve ser o berço que assegure a promoção da dignidade de seus partícipes, o que se dá, primordialmente, através da constituição de laços positivos de afeto.

Argumenta-se que a Constituição Federal desloca a tutela jurídica da família como instituição para a família como entidade funcionalizada: vale dizer, cumpre à

⁸³ FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

⁸⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 7-13.

⁸⁵ CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 152-153.

⁸⁶ V., por exemplo, a defesa de Anderson Shreiber: “...não pode haver dúvida de que proceder a uma releitura do direito civil à luz da Constituição é tarefa que implica necessariamente em uma ‘despatrimonialização’ dos seus institutos tradicionais”. Segundo o autor, a Constituição vinculou o exercício das liberdades civis à realização de valores sociais, pelo que os institutos próprios do Direito Civil vêm agora acompanhados de uma compreensão funcionalizada. O “ter” existe em função do “ser”, o que revela o predomínio da proteção de situações existenciais. SHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19-21.

⁸⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 24. Para a autora, a revolução industrial leva a mulher a ingressar no mercado de trabalho, diante da necessidade de mão-de-obra, o que altera a interação entre os membros da família, pois ao patriarca não mais cabia o exclusivo papel de provedor. Ao sair do campo para a cidade, a família se reduz ao seu núcleo essencial – pai, mãe e filhos – apresentando, então, novas feições. Essa aproximação entre os seus membros revelou o papel crucial do afeto em sua formação.

família a função de promover a dignidade de seus membros, sendo esta última o principal objeto de tutela constitucional.⁸⁸ A afetividade desponta como valor essencial da família, daí porque ter-se o afeto como elemento caracterizador desta como instituto jurídico.⁸⁹

Observa-se que a atual definição jurídica de família, influenciada pela escola do Direito Civil constitucional, é composta por dois termos (antes não utilizados pela doutrina jurídica): a dignidade da pessoa humana e o afeto⁹⁰. O Direito passa a reconhecer a função da família como promotora da expressão da individualidade e protetora da dignidade humana de seus membros, o que se dá por meio de relação calcada no afeto. Os defensores desta nova visão conceitual de família propugnam que, sob o prisma da dignidade humana, o Direito deve reconhecer a realidade social da família brasileira, dando tutela jurídica a relações afetivas já constituídas, evitando-se a discriminação. O reconhecimento deste papel funcional da família trouxe inovações no cenário jurídico pátrio, como, por exemplo: o tratamento igualitário entre os filhos; a isonomia entre homem e mulher; o aumento do espectro de direitos da companheira; o acolhimento da possibilidade de se reconhecer relações paterno-filial ou até mesmo materno-filial socioafetivas; a tutela dos direitos dos partícipes de relações homoafetivas.

Nota-se que a afetividade é reconhecida pelos autores de Direito de Família, de início, como elemento caracterizador das relações familiares – o que influencia na definição da natureza da relação jurídica travada entre seus integrantes e, consequentemente, o tratamento legal diferenciado de determinada relação –, mas não como obrigação jurídica inerente aos seus partícipes.

A crescente percepção do afeto como valor jurídico, porém, permitiu a compreensão da afetividade como um princípio do Direito de Família e, mais ainda, como um dever legal, o que pode ser ilustrado pela seguinte afirmação doutrinária: “a

⁸⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 2009. p. 349.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº. 141, Brasília, 1999.

⁹⁰ Nesse sentido, a título de exemplo: DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Vol. 1*. 11.ed. Salvador: Jus Podivm. 2013; MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008; LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.; TARTUCE, Flávio. SIMIÃO, José Fernando. *Direito Civil, v.5: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.”⁹¹

É a partir dessa percepção que surge a ideia de dever de cuidado, conceito que ilustra o discurso legitimador da expansão da jurisdição no âmbito do direito de família, considerando-se que, durante o Século XX, a expressão não era encontrada nos manuais de Direito de Família, conforme se verificará a seguir.

2.2. De obrigação moral à jurídica: a mudança de percepção dos deveres parentais

2.2.1. A doutrina civilista do Século XX

O dever de convivência com a pessoa do filho não é uma novidade implementada pelo Código Civil atual. A Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil de 1916), previa, em seu artigo 231, inciso IV, o dever de sustento, guarda e educação dos filhos⁹² em relação aos cônjuges. O artigo 384, por seu turno, impunha aos pais o dever de ter os filhos em sua companhia e guarda, além de dirigir-lhes a criação e educação. A convivência entre pais e filhos era regulada pelas normas relativas ao pátrio poder (atualmente denominado de poder familiar).

Os dispositivos referidos eram interpretados pela doutrina de forma restritiva. Pontes de Miranda, por exemplo, em comentários ao artigo 384 do Código Civil de 1916, afirmava que o propósito do dever de guarda era garantir que o menor residisse na casa paterna ou materna (ou onde o par parental determinasse), como meio de garantir o exercício do dever de criação e educação.⁹³

Representantes da doutrina do Direito Civil brasileiro do Século XX defendiam o mesmo raciocínio. O dever de guarda era tido como uma decorrência lógica do dever de criação e da responsabilidade do pai pelos atos do filho menor. O descuido para

⁹¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48.

⁹² BRASIL, Lei n. 3.071, de 01º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 jan. 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 13/08/2015.

⁹³ DE MIRANDA. Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo IX. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000. p. 156.

escolha do guardião por parte dos pais poderia configurar o delito descrito no artigo 245 do Código Penal (entrega de filho menor a pessoa inidônea).⁹⁴

A consequência jurídica do descumprimento do poder familiar era a responsabilidade penal dos pais, nos termos dos artigos 244 (abandono material) e 245 do Código Penal. O direito de guarda era compreendido como imprescindível para o exercício dos deveres parentais, - compreendidos como o dever de zelo pela prole e de lhe prover segurança –, o que garantia aos pais o direito de reclamar a posse do filho de quem ilegalmente o detinha.⁹⁵ O dever de guarda era compreendido como um direito/dever dos pais que, se descumprido, geraria as severas sanções previstas pelo Código Penal, além da destituição do pátrio poder.⁹⁶

Em um Direito tido como moderno, a guarda não poderia representar um poder do pai contra o filho, mas um direito a ser exercido com vistas à proteção da pessoa menor. O dever de guarda era visto como uma complementação do poder-dever de criação e educação dos filhos menores, razão pela qual o filho não poderia deixar a casa do pai sem autorização prévia, por exemplo.⁹⁷

Em trabalho específico sobre o tema do pátrio poder, J. V. Castelo Branco Rocha asseverava que ter o filho consigo não era apenas um direito, mas um dever dos pais, resultando para eles “a obrigação moral e jurídica de reclamar o menor do poder de quem injustamente o detiver”. Para o autor, a guarda implicaria no controle, vigia, condução da educação e na disciplina da prole. As consequências do descumprimento desses deveres seriam a responsabilidade criminal e a destituição do pátrio poder.⁹⁸

É possível observar que a doutrina referida restringia a interpretação do conteúdo jurídico da guarda ao dever dos pais de ter consigo a pessoa dos filhos, como forma de garantia do exercício dos demais direitos e deveres decorrentes do pátrio poder. A inobservância de quaisquer destes deveres (inclusive o de guarda),

⁹⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. Vol. 6. 23.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 352.

⁹⁵ SANTA MARIA, José Serpa. *Curso de Direito Civil: direito de família*. (Continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes) Vol. VIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001. p. 317-318.

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 374.

⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 218 e 233.

⁹⁸ ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*. 2.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978.

teria como consequência jurídica a perda do pátrio poder, bem como, se o caso, a responsabilidade criminal pela prática dos crimes descritos nos artigos 244 a 247 do Código Penal.

Nas obras pesquisadas, não se vislumbrou qualquer menção ao direito de visitas entre pai e filho, menos ainda a referência ao termo “abandono afetivo”. É possível que tal se dê pelo fato de a separação entre os pais ser considerada uma exceção à época, bem como por que o artigo 326 do Código Civil de 1916 previa regras bastante específicas sobre a guarda do filho menor quando da separação dos pais: o menor seria entregue ao cônjuge inocente (regra revogada em 1977); ou, se maiores de seis anos, seriam entregues ao pai (regra vigente até 1962).

Observou-se que, nem mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito invocada nos julgamentos em que se adotou entendimento favorável à responsabilidade civil por abandono afetivo, houve alteração do entendimento desses autores sobre o significado dos deveres parentais. A nova ordem constitucional promoveu ajustes na redação das obras referidas para se reconhecer a igualdade de direitos entre o pai e a mãe, bem como para se destacar o pátrio poder como um múnus a ser exercício em prol dos interesses da criança e do adolescente, mas o cuidado, como expressão do afeto, não é mencionado.

O amparo afetivo, ao revés, é identificado como o exemplo de norma moral. A Moral estaria afeta à espontaneidade da conduta, da “adesão do espírito ao conteúdo da regra... não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação”. O dever jurídico, por outro lado, independe da adesão espontânea do obrigado. Miguel Reale utiliza o exemplo do princípio da solidariedade familiar, que, além de jurídico, reflete uma regra moral. Relata um caso em que um casal de idosos dependia economicamente do filho para sobreviver, mas este “não admitia que seus prepostos ou a esposa prestassem qualquer auxílio aos seus pais”, o que levou os pais a pleitearem alimentos contra o filho. A partir da condenação judicial, o filho passou a cumprir a regra jurídica, mas não a ordem moral de auxílio aos pais (uma vez que não foi convencido de seu dever de assim proceder nem passou a prestar outro tipo de auxílio aos seus pais).⁹⁹

⁹⁹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 44-46.

Sob essa perspectiva, não se concebeu, nas obras mencionadas, o dever jurídico dos pais de prestar assistência moral aos filhos como causa do dever de indenizar, mas apenas como fundamento para a destituição do poder familiar ou a responsabilização destes na esfera penal.

2.2.2. *Doutrina contemporânea: dever de convivência*

A doutrina civilista contemporânea atribuiu novo significado ao conteúdo do poder familiar. Se, antes, a guarda era tida como um poder-dever dos pais como forma de viabilizar o exercício dos demais elementos do poder familiar (criação e direção da educação), atualmente fala-se em direito do filho à convivência familiar, o que implicaria, de outro lado, o dever dos pais de assegurá-la.

Em torno do debate, verifica-se, com frequência, o uso do termo “afetividade”. Não há consenso na doutrina sobre o papel da afetividade no Direito. Um estudo sobre o papel da afetividade no Direito de Família identificou três principais correntes entre os autores nacionais: a primeira sustenta que a afetividade configura um princípio do ramo jurídico; a segunda, que a afetividade é um fator a ser reconhecido pelo Direito; a terceira, que não há como se valorar a afetividade no campo jurídico. De acordo com a pesquisa, há uma tendência majoritária na doutrina contemporânea no sentido de admitir a afetividade como um princípio do direito de família.¹⁰⁰ No entanto, não há consenso sobre o significado deste princípio: se este implicaria na necessidade de reconhecimento de unidades familiares onde houver relação socioafetiva; ou se, mais do que isso, a afetividade como princípio jurídico teria o condão de impor aos seus membros o dever de assistência moral.

Paulo Luiz Netto Lôbo sustenta que o princípio da afetividade está implícito na Constituição, quando esta trata da igualdade entre os filhos, mesmo adotivos (art. 227, par. 5º e 6º), quando se reconhece como família a unidade formada por apenas um dos pais e seus descendentes (art. 226 par. 4º) e quando se refere ao direito à

¹⁰⁰ CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 209-298. O autor elenca os autores que defendem a existência de um princípio da afetividade: Maria Helena Diniz, Flávio Tartuce e José Fernando Simão, Giselle Groeninga, Caio Mário da Silva Pereira, Jorge Shiguemitsu Fujita, Adriana Caldas do Regro Freitas Dabus Maluf, Rolf Madaleno, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Maria Berenice Dias, Carlos Dias Motta, Guilherme Aclmon Nogueira da Gama, Rodrigo da Cunha Pereira e Luiz Edson Fachin.

convivência familiar como prioridade assegurada à criança e ao adolescente (art. 227), o que imporia um dever de afetividade entre os membros da família.¹⁰¹

O dever de convivência entre as pessoas de uma mesma família seria interpretado como uma consequência da adoção da afetividade como um princípio jurídico. Na eventualidade de separação do par parental, as visitas não seriam apenas um direito do pai não-guardião, mas um direito do filho menor, ao qual corresponde um dever por parte dos pais.

A defesa desse posicionamento conduz à argumentação adotada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka no sentido de que as visitas configuram um dever do genitor não-guardião, com lastro no princípio da dignidade da pessoa humana, e pelo fato de a legislação e tratados internacionais preverem o direito da criança à convivência familiar. A autora menciona que o ordenamento jurídico pátrio não prevê sanção ao descumprimento de tal dever, pelo que Arnold Wald defendera a qualificação da conduta do pai faltoso como crime de desobediência.¹⁰²

Maria Berenice Dias defende que o direito à visitação compõe o rol de direitos da personalidade do filho, e não pode ser compreendido apenas como um direito dos pais. Nas palavras da autora:

Trata-se de um direito da personalidade, na categoria do direito à liberdade, onde o indivíduo, no seu exercício, recebe as pessoas com quem quer conviver. Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar o afeto, de firmar os vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz. É direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito.¹⁰³

Ao considerar a visitação como um direito subjetivo do filho, consequentemente, ainda segundo a autora, haveria uma obrigação do pai não-

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In DIAS, Maria Berenice et.al. (Coords.) *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 457.

¹⁰² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Disponível em <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9365-9364-1-PB.pdf>> Acesso em 20/09/2015.

¹⁰³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 399.

guardião de visitar a prole, a fim de evitar prejuízos ao saudável desenvolvimento da criança ou do adolescente, ainda que isso signifique que as visitas somente venham a ocorrer por que o genitor não-guardião teme imposição do dever de pagar uma reparação civil em favor do filho.¹⁰⁴

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios adotou a tese em julgado recente. Em caso que tratava da regulamentação de visitas entre pai e filha, a sentença fixou a forma de visitação e impôs ao pai multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) para o caso de descumprimento do dever imposto. O pai ofertou apelação ao Tribunal, requerendo a exclusão da multa pelo descumprimento da suposta obrigação de fazer, bem como a alteração do regime de visitas para autorizar que outras pessoas da família paterna (avó e tias) pudessem buscar e devolver a menor na residência materna.

Com base no entendimento sustentado por Maria Berenice Dias, a Turma julgadora não acolheu o recurso, mantendo a sentença recorrida em seus termos. Argumentou o Desembargador Relator que “a fixação da multa tem amparo e previsão legais, sendo um direito da criança que deve ser garantido” e, quanto à impossibilidade de outros membros da família paterna buscarem a menor, asseverou que “o direito de visitas gera obrigação de fazer infungível, ou seja, obrigação personalíssima, não podendo ser terceirizada a parentes”.¹⁰⁵

O propósito deste tópico não comporta o ingresso no debate acerca do papel da afetividade no ordenamento jurídico pátrio. A exposição feita tem o objetivo de ilustrar a mudança de visão dos atores jurídicos sobre o conteúdo dos deveres parentais.

É possível observar, ainda, que há uma correlação entre o discurso da doutrina contemporânea, identificada como adepta ao Direito Civil Constitucional, e os fundamentos utilizados pelos julgados identificados como favoráveis à tese da responsabilidade civil por abandono afetivo. O discurso contemporâneo confere

¹⁰⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 405. Segundo a autora, “isso é melhor do que gerar no filho um sentimento de abandono”.

¹⁰⁵ BRASIL, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20140110171334. 4ª Turma Cível. Relator: Desembargador Arnaldo Camanho de Assis. Julgado em 18/03/2015. Publicado no DJe em 30/03/2015.

legitimidade à atuação do Poder Judiciário em casos nos quais o abandono afetivo é o ponto central do julgamento, algo inconcebível no Século XX.

2.3. A expansão da jurisdição como resultado do discurso jurídico atual

A doutrina jurídica do Século XX pesquisada não dispunha sobre a afetividade, e limitava-se a afirmar que o descumprimento dos deveres próprios do poder familiar geraria a sua destituição ou a responsabilidade criminal do pai/mãe. A doutrina atual sustenta que a afetividade é um princípio jurídico, do qual decorrem deveres entre os membros da família. Aliado ao discurso da dignidade da pessoa humana e da constitucionalização das normas infraconstitucionais, defende-se que o direito à convivência familiar (previsto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente) impõe, de outro lado, o dever dos pais de conviver com seus filhos, o que promove a expansão da jurisdição para a esfera da convivência privada.

É possível observar uma perda da preponderância do Direito Civil em face de normas constitucionais, mas talvez isso não seja consequência apenas da edição de leis extravagantes.

A doutrina como a do Direito Civil Constitucional e o discurso da dignidade da pessoa humana não parecem ser o resultado, mas a causa desta visão do Direito focado na pessoa. A promoção de uma nova leitura do ordenamento jurídico com esta ótica, por seu turno, legitima e naturaliza o fenômeno da expansão da jurisdição, visto como algo inexorável, na medida em que se defende que é preciso que se assegure a máxima efetividade das garantias constitucionais. Nesse sentido, há quem defenda que o ativismo judicial¹⁰⁶, por exemplo, deve ser visto apenas como a velha criação

¹⁰⁶ Não há uma concepção formada entre os juristas pátrios sobre o ativismo judicial. O termo surgiu nos Estados Unidos, e foi cunhado por Arthur Schlesinger Jr, historiador estadunidense e autor do artigo *The Supreme Court: 1947*, publicado na Revista *Fortune*, em janeiro de 1947. O autor considerou como ativistas juízes que, em oposição aos considerados autorrestritivos, davam ênfase aos direitos de liberdade e de classes mais pobres, atuando em substituição à vontade do legislador porque acreditavam em um papel ativo do Judiciário na garantia das liberdades civis e dos direitos das minorias, com vistas à promoção do bem-estar social. A origem histórica do conceito explica seu comum atrelamento à ideia de transbordamento do poder judicial. Neste texto, utiliza-se o termo nesse sentido, indicando uma expansão da jurisdição para aspectos políticos e morais, antes não apreciados pelo Poder Judiciário. Sobre o tema, vide:

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugido – o ativismo judicial. In FELLET, Andre Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

judicial do direito, prática inerente à realidade jurídica, porque decorrente da interpretação de um comando normativo.¹⁰⁷

Como resultado de um discurso jurídico atual, que promove a expansão da jurisdição, o Direito ocupa-se cada vez mais de aspectos da vida privada (como é o caso do direito-dever de visitas), e também da relação entre cidadão e Estado. A expansão da jurisdição não deve ser considerada, isoladamente, como um fato negativo. A abertura semântica das normas jurídicas pode dar condições para tanto. Porém, há duas questões problemáticas sobre a referida expansão: como ela se dá e qual é o seu limite.

2.3.1. O risco do decisionismo

Quanto à forma de ampliação do campo jurídico, deve-se ressaltar que o alargamento do espectro do poder de decisão dado ao Poder Judiciário deveria vir acompanhado de uma exigência por fundamentações racionais e criteriosas. A legitimidade das decisões judiciais deveria ser alcançada por meio da fundamentação, e, no entanto, não há, entre os defensores do discurso da dignidade da pessoa humana e da constitucionalização dos direitos, foco sobre a metodologia para se lidar com a inserção de cláusulas abertas no ordenamento jurídico, o que pode dar espaço para o decisionismo.

Ocorre que a aplicação de normas de textura aberta – tais como “dignidade da pessoa humana”; “melhor interesse do menor”; “direito à convivência”, por exemplo – não deveria se dar por meio da subsunção, mas reclama do jurista maior esforço argumentativo para justificação de sua incidência em determinado caso concreto. Roberto Freitas Filho refere-se a uma diferenciação entre “normas casuísticas” ou “normas fechadas” e “normas semanticamente abertas”. Para o autor, estas últimas:

[...] reclamam um esforço hermenêutico adicional em relação às primeiras: a aproximação valorativa, ou seja, uma avaliação prévia do caso concreto cotejado à previsão normativa para que,

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁰⁷ COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Último acesso em 18/08/2014.

considerada a situação fática específica, se possa determinar, a ratio decidendi, a regra a ser aplicada.¹⁰⁸

A abertura do espectro de possíveis significados para determinada norma pode, de um lado, conferir maior adaptabilidade do direito à desafiante realidade social. Por outro lado, a ampliação de possibilidades semânticas de uma norma dilata a esfera do poder de quem a interpreta, o que pode ser problemático, dado que, em um Estado Democrático de Direito, o exercício de um poder não pode estar entregue à discricionariedade ou à arbitrariedade.

A importância da análise dos fundamentos utilizados para sustentar a tese adotada no “Caso 2” decorre do risco de se recorrer à arbitrariedade ou à discricionariedade para decidir sobre uma obrigação jurídica. O estudo dos argumentos selecionados no primeiro capítulo permitirá verificar a possibilidade da apreensão, pelo Direito, da afetividade como expressão dos deveres parentais e os limites para que o Estado regule tais deveres.

2.3.2. Limites para a expansão: breve reflexão

Quanto ao limite da expansão da jurisdição, cumpre refletir sobre a razão de existirem fronteiras entre os campos do Direito, da Política e da Moral.

A ótica do Direito Civil Constitucional permite a defesa de que o legislador não cria, propriamente, novos direitos, mas regulamenta o que o texto constitucional já explicitou¹⁰⁹, argumento similar ao da corrente neoconstitucionalista, para quem, no Estado Constitucional, a validade das normas é avaliada mediante critérios materiais, “capazes de condicionar a atividade legislativa inclusive em seus conteúdos, e não só em suas formas”.¹¹⁰ A lei, portanto, está subordinada aos comandos constitucionais, assumindo, em certa medida, um papel residual – de instrumento de concretização dos princípios constitucionais. Isso pode significar uma perda do caráter de livre

¹⁰⁸ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e a aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 10.

¹⁰⁹ FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7.

¹¹⁰ POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In CARBONELL, Miguel. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 189. (tradução livre da autora)

expressão do poder político. Não haveria mais espaço para questões políticas, já que a pauta do Legislativo estaria pré-disposta na própria Constituição Federal.¹¹¹

O perigo é que o jurista condicione a legitimidade do exercício do poder político à uma pauta supostamente inserida na norma constitucional, a qual, no entanto, é deduzida no espaço de discricionariedade conferido a ele próprio. Expande-se, conseqüentemente, sobremaneira o espaço de poder do campo jurídico, o qual estaria legitimado a regular todas as interações sociais.¹¹² O debate de questões políticas se desloca de seu campo próprio, depositando-se no Poder Judiciário a esperança de implementação da cidadania.

Nota-se, ademais, que a adoção de uma postura proativa e criativa por parte do jurista é propugnada pela doutrina do Direito Civil Constitucional.¹¹³ A compreensão de que a Constituição é dotada de força normativa, não representando apenas princípios políticos simbólicos, permite o argumento de que, violados valores nela contidos, poderá/deverá o operador jurídico assegurar a efetividade destes. Na ausência de regulação específica de um caso concreto, espera-se do jurista a formulação da melhor solução jurídica à luz dos princípios e valores constitucionais.

Não se pode perder de vista, no entanto, que a lacuna jurídica pode ser proposital: seja porque o conteúdo de um direito deve ser debatido no âmbito do espaço político, seja porque não há possibilidade de apreensão por um fenômeno social por parte do Direito (como ocorre com as questões morais).

O debate sobre a necessidade de limites entre Direito e Moral é identificado mesmo no período pré-socrático e, no entanto, ganha relevo especial no período da

¹¹¹ POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In CARBONELL, Miguel. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 193.

¹¹² “Estamos criando cidadãos de segunda classe, que não mais reivindicam seus direitos no plano da cotidianidade das práticas civis, transferindo tudo para o judiciário. Cachorro latiu? Façamos um BO. TV a cabo nos cobra um ponto a mais? Em vez de acamparmos na frente da Sky-Net ou tomarmos medidas de desobediência civil ou até mesmo buscar o Procon, corremos até a Defensoria Pública. As crianças de uma escola do interior estão sem transporte? Simples. Em vez de votarmos melhor ou pressionamos o vereador ou o prefeito, corremos ao Ministério Público, que proporá uma ação judicial pedindo liminar. Por vezes, MP e DP disputarão essa primazia ativizante. E assim por diante. Colonizamos o mundo da vida, como tenho dito em parafraseio de Habermas.” STRECK, Lênio. *Cada um pediu uma república só sua; e o advogado, só um cafezinho! Feliz!* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-07/senso-incomum-cada-republica-advogado-cafe-feliz>. Último acesso em 10/05/2015.

¹¹³ Vide, por exemplo: FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12-13.

Reforma Luterana, pois o Estado passou a intervir na vida particular dos cidadãos, no intuito de definir que religião deveriam seguir: o Catolicismo ou o Protestantismo. Surge então a necessidade de definição “clara da zona de interferência do poder público – o que só seria possível através de uma distinção entre o mundo jurídico e o mundo da moral e religioso.”¹¹⁴ Há registro na doutrina internacional no sentido de que há um esforço, por parte dos juristas, para delimitação da fronteira entre o Direito e a Moral, visto que “a cidadania não pode tomar por pretexto o respeito da virtude.”¹¹⁵

A separação entre o Direito e a Moral tem, portanto, sua relevância, na medida em que assegura o exercício da liberdade das pessoas e evita intervenções desproporcionais do Estado na vida privada, evitando um excesso de regulação do comportamento humano.

O estudo do discurso vigente, na atualidade, entre os juristas brasileiros, permite inferir que há uma proposta de defesa, aberta ou não, de expansão da jurisdição, a fim de que o Direito alcance fatos antes não apreendidos por ele, partindo-se do pressuposto de que isso gerará maior proteção aos cidadãos.¹¹⁶

Essa expansão vem acompanhada de uma percepção de que, em face do déficit de efetividade dos direitos por parte dos demais Poderes, é progressiva a procura do Poder Judiciário para a garantia de todo tipo de direitos, de modo que seus representantes passam a ser considerados uma espécie de heróis do Estado Democrático de Direito.¹¹⁷

¹¹⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 53.

¹¹⁵ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000. p. 25.

¹¹⁶ Um estudo realizado a partir de pesquisas sobre a mudança da forma de atuação do Poder Judiciário Brasileiro constatou que este “tem um papel de destaque na cena contemporânea, não só no que diz respeito à esfera política, mas também às demais relações sociais”. Verificou-se, ainda, que uma das condições para que esta expansão ocorra é o processo de redemocratização do país, com o advento do reconhecimento de direitos individuais e coletivos pelo texto constitucional, o que torna o Poder Judiciário palco para exercício da cidadania por meio da exigência desses direitos. BRUNO, Denise Duarte. *Jurisdicionalização, racionalização e carisma: as demandas de regulação das relações familiares ao Poder Judiciário gaúcho*. Porto Alegre: 2006, p. 22-23. Tese de Doutorado em Sociologia apresentada perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/10249> Acesso em 08/09/2015.

¹¹⁷ Após análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, o Grupo de Estudo e Pesquisa em Hermenêutica e Políticas Públicas do UniCEUB concluiu que os magistrados acreditam ser “agentes de transformação social”, o que pode significar que eles “têm em mente algo na linha de que o Judiciário é o último bastião da defesa da ordem constitucional e dos direitos individuais. Assim compreendida, a função social do juiz é, em alguma medida, a do herói salvador que se oferece em sacrifício contra o mal que o cerca.” FREITAS FILHO, Roberto. LIRA, Daiane, Nogueira; ARAÚJO, Felipe Dantas; VIEIRA, Patrícia Ribeiro; COSTA, Roberta Pereira Negrão; LIMA, Thalita M.; GONÇALVES, Thiago de Oliveira;

A visão idealizada do papel do julgador contribui para a admissão de um afrouxamento dos critérios de fundamentação das decisões, em prejuízo à racionalidade destas, desde que representem a salvação das vítimas da violação ou da escassez do Direito, o que pode ser problemático.

3. CAPÍTULO 3: ANÁLISE CRÍTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Identificados os principais fundamentos sobre o tema da responsabilidade civil por abandono afetivo, utilizados pelos julgadores e pela doutrina jurídica, estes serão analisados à luz da teoria da argumentação. Pretende-se argumentar que é possível avaliar a qualidade dos fundamentos de uma decisão a partir de critérios formais de justiça e de coerência e coesão da linguagem. A análise dos argumentos sobre o tema central de estudo será feita a partir da teoria de Neil McCormick, Robert Alexy e Chaïm Perelman.

Por meio do estudo da validade formal dos argumentos expostos nas decisões catalogadas no Capítulo 1, pretende-se pôr em foco a relevância da racionalidade das decisões, do respeito às regras de universalidade, coerência e consistência do discurso jurídico, como forma de afastar o intérprete da arbitrariedade na formulação de soluções para problemas jurídicos.

Posteriormente, serão feitas observações sobre os limites do Direito e a sua aptidão para tratar do fenômeno do abandono afetivo, considerando-se possíveis desdobramentos práticos da adoção da tese exposta no Caso 2, a partir de estudos interdisciplinares realizados por profissionais da assistência social e da psicologia em casos que envolveram conflitos familiares perante o Poder Judiciário.

3.1. A formulação do dever jurídico

Uma das funções centrais do Direito é o estabelecimento de um padrão para a conduta humana. A norma jurídica tem por objetivo regular a interação humana, com vistas à estabilidade das relações interpessoais (ou entre as pessoas e seu patrimônio) e previsibilidade das consequências no caso de seu descumprimento. Nesse sentido, o discurso jurídico se assemelha ao discurso moral, na medida em que, em ambos os casos, pretende-se prescrever um comportamento humano.

Segundo a teoria do Prescritivismo Universal de Richard Hare,¹¹⁸ o emprego da linguagem da moral conta com duas características essenciais: a universalizabilidade, que garante a coerência lógica do argumento (“não se pode fazer

¹¹⁸ FREITAS FILHO, Roberto. Decisões Jurídicas e Teoria Lingüística: O Prescritivismo Universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, v. 178, 2008, p. 21.

um juízo moral diferente para duas ações que se desenvolvam em contextos de similaridade em seus aspectos relevantes”); e a prescritividade, na medida em que as palavras são utilizadas no discurso moral para orientar a ação humana.¹¹⁹

Robert Alexy, de maneira similar, compara a argumentação jurídica com a argumentação prática geral. Muito embora a primeira difira da segunda – na medida em que está vinculada à lei válida, o que impede que a discussão jurídica abarque toda e qualquer questão de ordem prática – a argumentação jurídica seria um caso especial da argumentação prática geral, já que envolve o debate acerca do que deve ou não ser feito e, mais que isso, sob uma exigência de correção.¹²⁰

Assim como no discurso moral, decisões jurídicas devem tratar casos similares da mesma maneira (universalizabilidade), e determinam de que maneira deve-se pautar a conduta humana (prescritividade). Enquanto a prescritividade é própria da natureza cogente do Direito, a universalizabilidade assegura a isonomia (no tratamento de casos similares) e a segurança jurídica (já que é possível prever o resultado para casos futuros). A observância da universalidade é também uma maneira de assegurar racionalidade das decisões jurídicas, pois, respeitar a justiça formal é escolher o tratamento racional a uma situação, em detrimento da arbitrariedade na regulação da interação humana.¹²¹ A universalizabilidade, para Robert Alexy, é pressuposto do princípio de justiça formal”, segundo o qual situações similares merecem tratamento similar, o que torna necessária a observância das seguintes regras para formulação de uma decisão jurídica. Nos termos do autor:

(J.2.1) Ao menos uma norma universal precisa ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico. (J.2.2) Um julgamento jurídico precisa seguir logicamente ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações.¹²²

Os princípios lógicos que regem a linguagem da moral podem ser utilizados para análise de argumentos jurídicos, permitindo a crítica racional de escolhas feitas

¹¹⁹ HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 41, 44 e 175.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 212.

¹²¹ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 94.

¹²² ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 219. Veja-se que, aqui, o conteúdo da norma é irrelevante.

pelos operadores do Direito.¹²³ Segundo Neil McCormick, pode-se argumentar, razoavelmente, que não é possível dar racionalidade para premissas morais fundamentais, as quais estão ligadas ao afeto e à vontade das pessoas. No entanto, enquanto a escolha das premissas morais possa ser afetiva, a sua justificação pode ser apreendida pela razão, já que as pessoas não podem ser consideradas como espécies que meramente reagem aos estímulos externos, mas são capazes de propor razões para suas escolhas. De acordo com o entendimento do referido autor, o presente trabalho pressupõe que há, entre os operadores do Direito, um compartilhamento de expectativas no que tange à adequação jurídica dos fundamentos de uma decisão, o que pode ser analisado e apreendido por princípios lógicos, ainda que o conteúdo desta possa gerar um razoável dissenso entre os intérpretes.¹²⁴

Necessário compreender que, ao menos em certa medida, o raciocínio jurídico se vale da argumentação dedutiva, ou seja, aquela que pretende “demonstrar que uma proposição, a conclusão da argumentação, está implícita em alguma outra proposição ou proposições, as ‘premissas’ da argumentação”. Conquanto a validade lógica do argumento não assegure a correção de sua conclusão, não se pode ignorar a ampla utilização deste raciocínio na formulação de decisões jurídicas, já que toda norma jurídica pode ser simplificada para fórmulas similares a “Se *f*, então *q*”, onde “*f*” representa o suporte fático da norma e “*q*” a consequência jurídica desta. A complexidade do Direito se revela quando não há uma clareza sobre o sentido atribuído a “*f*” ou “*q*”.¹²⁵

Essa constatação revela que a coerência lógica do silogismo – ou, segundo a terminologia de Robert Alexy, a validade da justificação interna –, embora relevante, não é suficiente para assegurar a qualidade da fundamentação jurídica, mas tem a função de evidenciar quais premissas deverão ser fundamentadas no âmbito da justificação externa.¹²⁶ Mais do que a validade do silogismo lógico, a completude dos

¹²³ FREITAS FILHO, Roberto. Decisões Jurídicas e Teoria Lingüística: O Prescritivismo Universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, v. 178, 2008, p. 32-33.

¹²⁴ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4-14.

¹²⁵ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 26-30 e 85.

¹²⁶ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001. p. 218-224.

fundamentos de uma decisão jurídica (ou moral) exige a justificação dos termos valorativos empregados para se determinar qual é a melhor decisão a se tomar.

A teoria de Richard Hare contribui para a reflexão sobre o papel das palavras de valores no discurso prescritivo. O autor defende que, para garantia da coerência lógica do discurso moral, palavras de valor não podem ser utilizadas como termos analíticos. A título de exemplo, o autor refere-se ao raciocínio baseado em duas premissas: a) as pessoas devem cumprir seus deveres; b) “A é meu dever”, o que conduziria à conclusão de que “devo desempenhar um ato particular A”. Este raciocínio é problemático na medida em que se tratou uma palavra de valor (dever) como auto-evidente. Segundo o autor: “Se “dever” é uma palavra de valor, então não podemos decidir o que é nosso dever meramente consultado o uso das palavras ou vendo se temos ou não determinada reação psicológica, mas apenas tomando uma decisão moral.”¹²⁷

O raciocínio, transportado para o Direito, implica afirmar que a “análise das propriedades das palavras de valor é um elemento essencial para prescrever algo no âmbito da linguagem”.¹²⁸ Em outras palavras, questões fáticas consideradas relevantes para qualificação jurídica de uma determinada situação devem ser evidenciadas no processo decisório, garantindo a transparência e o controle lógico da decisão. Se digo, para adoção de um exemplo simplificado, que “este sapato é bom”, devo explicitar as razões que sustentam tal afirmação – o produto é confortável, resistente, o solado protege o usuário de escorregões –, de modo que, sempre que estiver diante de um sapato que reúna tais características, deverei considerá-lo como “bom”, sob pena de incoerência.

O exemplo da formulação da norma “Se *f*, então *q*” permite a observação de que uma fundamentação adequada de uma decisão jurídica impõe ao intérprete o dever de densificar o significado de “*f*” e “*q*”, sob pena de admitir-se uma conclusão com mera aparência de validade, mas incompleta.

¹²⁷ Segundo o autor, o termo analítico é utilizado de acordo com a seguinte definição: “uma sentença é analítica se, e somente se, (1) o fato de uma pessoa dissentir dela é critério suficiente para dizer que interpretou mal o significado do falante ou (2) ela é implicada por alguma sentença que é analítica no sentido (1).” HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 43.

¹²⁸ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção Judicial nos contratos e a aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 147.

A relevância da motivação das decisões reside na revelação das razões que conduziram a um determinado resultado, no intuito de afastar-se a solução jurídica da arbitrariedade, na medida em que se demanda do operador jurídico a análise, a comparação e, principalmente, a crítica aos fundamentos apresentados. O silogismo não pode representar um artifício para ofuscar o dever de fundamentação, já que o seu uso será imperativo somente quando os elementos que o constituem não sejam alvo de controvérsia – característica inexorável do litígio. Portanto, a boa fundamentação de uma decisão propõe a legitimidade da escolha adotada pelo intérprete.¹²⁹

As lições ora expostas podem ser transportadas para o debate sobre a responsabilidade civil por abandono afetivo, auxiliando na análise da qualidade da fundamentação das decisões relatadas no primeiro capítulo.

3.2. Universalidade, coesão e o dever jurídico de cuidado

A partir do que fora explanado, pode-se formular a responsabilidade civil por abandono afetivo de acordo com o seguinte raciocínio:

Se verificado o descumprimento de um dever parental por meio de condutas que configuram o abandono afetivo (“*f*”), *então* cabível a reparação por dano moral em favor do(a) filho(a) abandonado (“*q*”).

Uma argumentação de qualidade em um caso que discute a responsabilidade civil por abandono afetivo impõe que o intérprete justifique a premissa “*f*”, explicitando o que configura rol de deveres parentais (“*f_a*”) e por meio de que atos estes foram violados (“*f_b*”), o que consubstancia o significado do termo abandono afetivo. Impõe, ainda, que este fundamente “*q*”, expondo o significado de dano moral, bem como apresente as razões pelas quais o dano é arbitrado em determinado valor.

Voltado o foco aos julgados obtidos na pesquisa, é preciso analisá-los sob este prisma. Primeiramente, não se pode deixar de registrar que se observou um déficit de fundamentação em uma parcela dos 245 julgados selecionados para leitura de inteiro teor. Como já relatado anteriormente, a pesquisa descartou 171 casos. Dentre os 90 julgados que adotam o entendimento de admissão da reparação civil por abandono afetivo, 64 não definem o conteúdo jurídico do dever de cuidado, e/ou das

¹²⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 210 e 222.

circunstâncias fáticas consideradas relevantes para acolhimento da tese no caso concreto. Desconsiderando-se os julgados descartados que tratavam da prescrição (33 casos), tem-se que 31 deles foram excluídos da pesquisa por causa da insuficiência de fundamentação. Em outros termos, aproximadamente 34% do total de julgados selecionados para leitura integral e classificados como “Admissível” não cumpriram a tarefa de explicitar o significado de “f” e “q”, de acordo com o exemplo anteriormente exposto.¹³⁰

Apenas a título de exemplo, veja-se a Apelação n. 70019239037, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.¹³¹ Neste julgamento, a Desembargadora Relatora afirma que admite a responsabilidade civil por abandono afetivo e sustenta que o dano moral nestes casos “está *in re ipsa*, ou seja, *está ínsito na própria ofensa*”, sendo consequência do ato ilícito em si. Afirma, no entanto, que naquele caso concreto, o réu não teria praticado o ato ilícito, e acrescenta que o autor não provou os prejuízos ao seu desenvolvimento pessoal pelo suposto abandono. Não há, no julgado mencionado, qualquer menção a quais condutas violadoras dos deveres parentais configurariam o abandono afetivo, o que prejudica a compreensão da premissa “f”. Há, ainda, uma contradição ao se afirmar que o dano moral se extrai da própria prática do ato ilícito e, ao mesmo tempo, se entender que deve haver prova do prejuízo para configuração do dano, o que apresenta uma falha lógica no raciocínio para fundamentação da premissa “q”.¹³²

Decisões similares ao exemplo em comento foram descartadas da fase de análise, uma vez que o propósito do trabalho é examinar a fundamentação adotada

¹³⁰ Muito embora, na percepção da autora, este déficit também tenha sido observado nos julgados classificados como “Inadmissível”, não foi possível identificar o percentual de casos descartados por inexistência fundamentação própria, uma vez que o descarte realizado nesta fase não os diferenciou dos casos em que se debatia a prescrição, ausência de prova ou o reconhecimento tardio de paternidade.

¹³¹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 70019239037.

¹³² Sobre a importância do princípio da não-contradição na linguagem prescritiva: “O princípio da não-contradição determina que um mesmo sujeito não pode dizer sobre o mesmo objeto coisas distintas e conflitantes entre si, sob pena de comprometer a coerência da própria linguagem. O da identidade diz respeito ao fato de que um objeto pode apenas sê-lo e não algo distinto de si próprio. Assim, a coerência é um princípio da linguagem prescritiva, tipo de linguagem na qual o direito é inserto.” FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. v. 175, p. 44, 2007. E: “Não é possível aceitar validamente, no âmbito do direito, um discurso no qual se utilizem sentidos diferentes para o mesmo conceito, por um mesmo emissor. Não é passível de controle racional, também, que as soluções sejam proferidas sem a consideração de todas as circunstâncias que em determinado caso importam para a determinação de uma regra”. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do Leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009. p. 130.

pelos tribunais na justificação da imposição da responsabilidade civil por abandono afetivo. Se não houve ao menos a construção das premissas “f” e “q”, inviável a análise dos argumentos utilizados para tanto. Não se poderia, contudo, deixar de mencionar o déficit de fundamentação observado, o que indica a prática de decisionismo por parte de alguns julgadores, prejudicial à racionalidade das decisões.

Os 26 julgados selecionados que adotam o entendimento do Caso 2 frequentemente indicam como razão de decidir os artigos 227 da Constituição Federal, 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, segundo os quais incumbe à família, à sociedade e ao Estado assegurar, em caráter prioritário, os direitos da criança e do adolescente, com destaque para o direito à dignidade e à convivência familiar. A esses dispositivos são agregados os artigos 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente e 1.634 do Código Civil, que tratam do dever dos pais de guarda dos filhos menores. O dever de convivência com o filho decorre então de um silogismo assim formulado: a criança tem o direito à convivência familiar e, os pais, o dever de guarda desta. Logo, se o pai ou mãe violam o direito/dever à convivência familiar, praticam ato ilícito, o que aparenta ser uma conclusão necessária para o silogismo apresentado.

No entanto, persiste a dificuldade em compreender o que constitui o dever de cuidado, e quais atos configurariam a sua violação – e aí está o ponto central da argumentação jurídica. A utilização de expressões generalizantes, sem especificação das circunstâncias relevantes para o caso concreto, torna incompleta a fundamentação da decisão, na medida em que a utilização do método dedutivo serve apenas para conferir a validade do silogismo lógico do ato decisório, sem a fundamentação de suas premissas.

Bem argumentar implica não apenas em apontar os dispositivos legais que autorizariam a decisão, mas também em esclarecer qual é a melhor interpretação das premissas legais utilizadas no processo decisório, uma vez que “a aplicação do método dedutivo na perspectiva do formalismo jurídico resulta no encobrimento das reais razões segundo as quais uma questão é decidida”.¹³³ Ao argumentar, o foco deve recair sobre o convencimento do outro sobre as premissas que levam à

¹³³ FREITAS FILHO. Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. v. 175, p. 47, 2007.

conclusão do julgador, o que pode ser realizado por meio de fundamentos não apenas teóricos, mas também práticos.¹³⁴

Dentre os julgados selecionados, como já exposto no primeiro capítulo, não foi possível verificar uma homogeneidade na compreensão dos julgadores sobre o fenômeno do abandono afetivo. O recurso a fórmulas genéricas, tais como “houve descumprimento dos deveres parentais impostos pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente” não contribui para o preenchimento de significado do termo abandono afetivo.

A descrição das condutas aptas a configurar o abandono afetivo também é heterogênea. Abarca a ausência de afeto entre o pai e sua prole; a falta de participação na formação moral dos filhos menores; o não reconhecimento voluntário da paternidade e a não-visitação do filho. Daí concluir-se, razoavelmente, que há uma instabilidade semântica sobre o significado de abandono afetivo.

Não se ignora que a imprecisão é uma característica presente na linguagem prescritiva, a qual se vale, frequentemente, de palavras vagas, o que pode ser problemático. Há palavras que não contam com algumas características indispensáveis para sua definição, “visto que sempre fica aberta a possibilidade de aparecimento de novas características, não consideradas na designação, que autorizem o emprego da palavra”.¹³⁵ No entanto, essa dificuldade de estabilização da linguagem não deve representar o abandono da racionalidade por parte dos operadores jurídicos.¹³⁶ Ainda que se admita não ser possível, em determinadas situações, alcançar-se um significado estático para um termo, é necessário que o intérprete indique quais circunstâncias (fáticas e jurídicas) são sopesadas para aplicação de uma determinada norma, o que estabelecerá as características de um precedente.

¹³⁴ MCCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 101.

¹³⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad.: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 313.

¹³⁶ Sobre o tema, vale o registro de Robert Alexy: “...nenhum procedimento que garanta certeza está à vista ainda. Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à ideia de uma teoria de argumentação jurídica. [...] Não é a geração da certeza que constitui o caráter racional da jurisprudência, porém muito mais sua conformidade à essas condições, critérios ou regras que constituem o caráter racional da argumentação jurídica.” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 272.)

Na hipótese de surgimento de um caso em que se pleiteia a aplicação da mesma norma, mas com características diversas do precedente (ou seja, por analogia), é dever do intérprete expor porque o mesmo resultado jurídico deve ser aplicado para casos diferentes, indicando quais fatores foram considerados suficientemente similares para que a regra do precedente fosse replicada.

Sem a observância desses preceitos, afeta-se a coerência do sistema jurídico. Neste trabalho, o sentido de coerência está relacionado à obra de Neil McCormick. Para o autor, o requisito da coerência impõe que as normas jurídicas devam “...‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto”, especialmente quando a argumentação jurídica se valer de princípios gerais do Direito. Os princípios, por seu turno, seriam “normas gerais conceitualizadas por meio das quais seus funcionários racionalizam as normas que pertencem ao sistema em virtude de critérios observados internamente” e podem ser formulados para dar racionalidade a um grupo de determinações legais, legitimando a decisão, na medida em que demonstra que ela deriva de normas já estabelecidas no sistema. A partir formulação do princípio, não é possível prever o desdobramento de seus efeitos no sistema jurídico, mas uma decisão tomada com base neste princípio deverá ter autoridade apenas “para a categoria de fatos definida em termos relativamente estritos perante o tribunal”. O requisito da coerência tem a função de limitar a justificação jurídica nos casos para os quais não há uma regra expressa e compulsória, na medida em que impõe que a decisão demonstre que tem suporte em alguma fonte do Direito, como, por exemplo, o princípio e a analogia. Do contrário, remanesceria a impressão de que o jurista está autorizado a inovar sem limites quando a regra reguladora do caso concreto não for nítida.¹³⁷

O estudo dos acórdãos selecionados permite inferir que não há coerência na interpretação do termo abandono afetivo, pois, consideradas em conjunto, as decisões que admitem a imposição do dever de indenizar pelo abandono afetivo não apresentam uma correlação entre as características de cada caso concreto. Em simples termos, as decisões não fazem sentido entre si, e não permitem compreender o conteúdo do dever jurídico de cuidado, já que seu conteúdo deveria ser preenchido

¹³⁷ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Capítulo VII – O requisito da coerência: princípios e analogias.

de sentido mediante a especificação das condutas consideradas exigíveis de um pai (ou mãe), bem como pela formulação dos princípios que dão base às decisões. Consequentemente, o prejuízo à coerência também afeta a universalidade da norma.

A observância desse requisito imporia ao julgador o ônus de demonstrar que sua decisão, além de desejável e justa, tem amparo em algum fundamento jurídico, pois a aplicação de princípios e da analogia “não pode significar que eles sejam deixados à vontade para seguir suas próprias intuições do senso comum e da utilidade da justiça, livres de todas as limitações”.¹³⁸

Após a leitura do inteiro teor dos 90 julgados classificados como “Admissível” nesta pesquisa, deveria ser possível estabelecer-se um critério padrão para reconhecimento da prática do abandono afetivo, mas não o é. Além do já mencionado déficit de fundamentação observado em alguns julgados, os casos em os tribunais explicitam as razões de decidir indicam uma ausência de uniformidade da interpretação sobre o tema.

Não reconhecer a paternidade voluntariamente pode ou não ser interpretado como ato apto a configurar abandono afetivo. A resposta irá depender da corte ou turma julgadora responsável pelo julgamento do caso. Enquanto a maior parte dos julgados afastam a responsabilidade civil do réu se não reconhecido o vínculo jurídico com a parte autora, há casos em que os tribunais admitiram a condenação da parte ré pelo abandono afetivo, configurado exatamente pela recusa de reconhecimento espontâneo da paternidade.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina registrou, na Apelação Cível 2012.083670-1, que o reconhecimento tardio da paternidade poderia configurar o abandono afetivo. Segundo o voto condutor, o abandono afetivo se configura na omissão dos deveres parentais de “educação, afeto, atenção, cuidado e desvelo”, e é possível impor a responsabilidade civil pela negativa de reconhecimento da paternidade, desde que provado que o réu tinha conhecimento de sua condição de pai (fator decisivo para afastar a condenação do réu no julgado referido):

Contudo, na espécie, o presença [sic] do pressuposto “culpa” não restou provada.

¹³⁸ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 215.

[...]

Neste norte, analisando-se os autos, denota-se que a apelante não comprovou ter o réu conhecimento de que era seu genitor antes da ação de paternidade transitada em julgado em 07/02/2011 e, logo, não está caracterizada a conduta voluntária, qual seja, o abandono.¹³⁹

Junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também se admitiu a possibilidade de reparação por dano moral em favor do filho, considerando a recusa no reconhecimento da paternidade como fato gerador do dever de indenizar, desde que demonstrado “a culpa ou o dolo do progenitor no ato voluntário do não reconhecimento”.¹⁴⁰

Em recurso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, confirmou-se a condenação do réu na obrigação de pagar a quantia de R\$ 100.00,00 (cem mil reais) a título de dano moral ao filho porque, segundo o relator, apesar de não reconhecida a paternidade voluntariamente, o pai sempre teve conhecimento de que o autor era seu filho e, portanto, deveria ter buscado esclarecer a questão o quanto antes. Nas palavras do voto condutor do julgado:

Quanto a segunda questão, relacionada à inércia do réu em assistir emocionalmente o autor, dar ensejo ou não ao dever de indenizar um dano moral, parece-me que a resposta é afirmativa.

Em primeiro lugar, porque não há necessidade de que o ato ensejador do dano, seja propriamente ilícito, isso porque, o atual estágio do Direito consagra como bem juridicamente tutelável, certos elementos que vão além da lei, do direito positivado, princípio e valores que não precisam ser escritos, mas que habitam o universo jurídico, social, antropológico e cultural.

O cuidado com os filhos, a atenção, a solidariedade com os mesmos são valores que transcendem o direito e o simples sentimento de amor, inscrevendo-se como elementos da dignidade da pessoa humana, do qual todo ser humano é credor.¹⁴¹

Destaque-se a inovação introduzida pelo caso referido, no qual se impôs o dever de indenizar mesmo sem o reconhecimento da prática de ato ilícito por parte do ofensor, o que seria incompatível com o entendimento adotado pelos demais julgados

¹³⁹ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível 2012.083670-1.

¹⁴⁰ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 70046188512 e Apelação Cível 70050746825.

¹⁴¹ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 0154617-61.2010.8.19.0001.

(inclusive, e principalmente, pelo Recurso Especial 1.159.242, citado no corpo do voto relator ora transcrito), no sentido de que a responsabilidade civil por abandono afetivo é subjetiva e necessita, portanto, da demonstração do dano, do ato ilícito e do nexo causal entre ambos.

Observa-se que a ausência de uniformidade na interpretação sobre o conteúdo dos deveres parentais prejudica a universalidade e a coerência das decisões sobre o tema abandono afetivo, o que, por sua vez, estabelece um cenário de insegurança jurídica, pois não é possível prever quais situações serão consideradas aptas a configurar este fenômeno. O Direito deveria ser capaz de estabelecer objetivamente qual é o a obrigação jurídica exigível dos pais, mas esse dever não foi observado nas decisões pesquisadas.

A falta de clareza acerca do significado do termo abandono afetivo não afeta apenas a coerência da decisão no que tange ao respeito ao princípio da não-contradição. Como já dito, prejudica-se a coerência da decisão no sentido defendido por Neil McCormick. Há, também, prejuízo à universalidade das decisões, uma vez que a ausência de conformidade na interpretação do termo abandono afetivo possibilita que uma mesma situação seja considerada causa de responsabilidade civil em um julgamento, mas não em outro.

O requisito da consistência também é atingido. Para Neil McCormick, a consistência exige que nenhuma decisão contradite normas já estabelecidas e vinculantes.¹⁴² Esta exigência pode ser identificada também na obra de Ronald Dworkin, o qual compara o papel dos juízes a autores de um romance em cadeia. Para este autor, “a interpretação criativa vai buscar sua estrutura formal na ideia de intenção... porque pretende impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que está interpretando”. O ato de interpretar envolve compreender os capítulos precedentes, no intuito de conferir continuidade à obra como um todo. Os intérpretes devem, então, “criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível”.¹⁴³

¹⁴² MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 255-257.

¹⁴³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 275-276.

Com isso não se quer dizer que ao intérprete é vedado inovar, mas que a inovação deve observar a cadeia de decisões que lhe precede, o que impõe a quem queira alterar a interpretação precedente o ônus de exaustiva fundamentação ou, nas palavras de Robert Alexy, observar a exigência de saturação, o que impede que o intérprete faça o uso de uma asserção “ao efeito de que uma interpretação particular resulta do texto ou da origem histórica ou do propósito da norma” e determina que se apresentem premissas (fáticas ou jurídicas) para justificação da decisão.¹⁴⁴

Da leitura dos julgados selecionados, observa-se que houve uma mudança de entendimento acerca da interpretação tradicionalmente conferida à responsabilidade civil por abandono afetivo, como exposto nos capítulos anteriores. A virada de entendimento proposta pelos intérpretes adeptos à tese do Caso 2 pouco se ocupou de indicar por quais razões as decisões anteriores estariam incorretas, ou de esclarecer porque não se está a contraditar normas vinculantes. Os julgados limitam-se a afirmar que a norma vinculante tem significado diverso do que antes se defendia, sem apresentar, de forma clara, as premissas fáticas que justificam a decisão.

3.3. Dever de cuidado e dever de amar

O argumento central do Caso 2, conforme se observou da leitura dos julgados selecionados, é que a violação do dever de cuidado configura ato ilícito do pai/mãe. Cabe questionar, por conseguinte, significado do dever de cuidado, em que medida ele difere do dever de amar e como se compreende que ele será cumprido – se mediante o cumprimento do regime de visitas ou pela observância de regras mínimas de convivência.

Não há resposta segura para esses questionamentos, uma vez que há julgados que fazem expressa referência ao dever de prestar assistência moral, ou até mesmo espiritual ao filho. O mero cumprimento do dever de visitação ou a manutenção de uma convivência mínima, sem o cultivo de um liame afetivo entre pai e filho, poderá impor àquele o dever de indenizar este, caso se sinta prejudicado pela falta de carinho ou amor por parte do pai. A afetividade compreendida pelos adeptos à tese do Caso 2 como um valor jurídico (ou princípio, para alguns) indica que a intenção é trazer para o Direito a apreciação do afeto entre os familiares, o que é reforçado por uma parcela

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 237.

da doutrina do Direito de Família (especialmente aqueles que se identificam com o Direito Civil Constitucional, como já afirmado no Capítulo 2).

Muito embora o voto condutor do Recurso Especial 1.159.242 tenha se esforçado para diferenciar o dever de cuidado do dever de amar (restrito à esfera da moral), esta distinção não aparenta ser factível. Vários dos julgados representativos do Caso 2 fazem expressa referência aos termos “afeto, amor, carinho”, denotando que a construção do sentido de dever de cuidado perante os tribunais tangencia os sentimentos nutridos pelos envolvidos no litígio. Além dos julgados já mencionados no presente trabalho, é possível indicar outros que abordam o sentimento ou o dever moral do pai:

...o desprezo do pai por uma filha, desde sua tenra idade, fere claramente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁵

Por abandono afetivo entende-se a atitude omissiva dos pais, ou de um deles, no cumprimento dos deveres de ordem moral decorrentes do poder familiar, dentre os quais se destacam os deveres de prestar assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.¹⁴⁶

A Constituição Colombiana, em seu art. 44, garante aos filhos o direito fundamental ao amor, o que se pode extrair, implicitamente, também da nossa, eis que os direitos fundamentais são cláusulas abertas e decorrem não só do texto constitucional, também dos princípios constitucionais explícitos ou implícitos. [...] A duas, o desprezo do pai por uma filha, desde sua tenra idade, fere claramente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.¹⁴⁷

Evidente que inexistente a obrigação do pai de sentir afeto pelo filho, sendo impossível a imposição de laço sentimental. Devem, no entanto, os genitores propiciar aos filhos o desenvolvimento sadio de seu caráter, não apenas os amparando materialmente, mas também resguardando sua integridade psicológica e moral, para que ocorra seu crescimento emocional.¹⁴⁸

...a questão do dano moral por abandono afetivo, na filiação, [...] trata da possibilidade ou não da reparação do dano moral causado ao filho em razão da atitude omissiva dos genitores, na maioria das vezes do pai, no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar, como o dever de prestar

¹⁴⁵ Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível nº 768524-9.

¹⁴⁶ Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Apelação Cível 20120111907707.

¹⁴⁷ Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 768524-9.

¹⁴⁸ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 2009.001.41668.

assistência moral, educação, atenção, carinho, afeto e orientação à prole.¹⁴⁹

[...a família deve ser entendida] como uma relação afetiva, o que significa dar a devida atenção às necessidades manifestas pelos filhos em termos, justamente, de afeto e proteção.¹⁵⁰

Os próprios termos utilizados para identificar a figura jurídica indicam que não se está a falar de meros comportamentos exigíveis do par parental, mas de seu envolvimento sentimental com o filho. Afinal, o abandono é “afetivo”. Esse foi o termo utilizado para a elaboração do significado do instituto jurídico, o que revela uma dificuldade de dissociar o abandono da ideia de amor, carinho, enfim, de afeição entre os familiares.

Chaïm Perelman alertou sobre um possível “mal-estar” causado por decisões impostas “à custa de uma justificação fictícia”, pois esta não é suficiente para esclarecer ou convencer as partes litigantes. Ainda que aceitável socialmente, a decisão que é desacompanhada de fundamentos sólidos e transparentes fomenta novas fontes de litígio. Afinal, “a autoridade da decisão não deve fundar-se numa ficção”.¹⁵¹

É o que parece ocorrer com os julgados pesquisados. O argumento de que o dever de cuidar difere do dever de amar parece mesmo fictício porque, além de não ser utilizado por todos os adeptos ao Caso 2, quando o é, há expressa referência à juridicidade de um dever que não tem outro conteúdo senão a expressão do afeto (ou, no mínimo, a adesão a uma regra moral que assim se imponha). Ao se defender a responsabilidade civil do pai faltoso, adota-se o seguinte raciocínio: a) Ninguém é obrigado a amar. Isto não é objeto da Lei e do Direito; e, b) Todo pai/mãe é obrigado a cuidar de sua prole, inclusive psicologicamente. Isto é objeto da Lei e do Direito. Logo, amar é diferente de cuidar. Em uma simples leitura semântica isolada dos verbetes, parece que amar difere de cuidar. Enquanto o primeiro verbo está ligado à ideia de afeto, ternura, devoção, querer bem, o segundo costumeiramente refere-se à precaução, cautela, diligência, responsabilidade.

¹⁴⁹ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Apelação Cível 2013.009482-5.

¹⁵⁰ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível Nº 408.550-5.

¹⁵¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 191 e 222.

Contudo, aplicando-se os conceitos ao caso concreto da relação paterno-filial, é possível inferir que o dever de cuidado para com a formação psicológica do filho é uma decorrência do amor/afeto/carinho por ele expressado. Em outras palavras, em termos práticos, na vida concreta, cuida quem ama.¹⁵² São ideias atreladas, e que não podem ser analisadas dicotomicamente. Em verdade, “o amor não se imita”.¹⁵³ Quer-se dizer com isto que, na vida real, não há como se dissociar o cuidado psicológico e o amparo afetivo dados aos filhos do amor por eles nutrido, de modo que tratar amor e cuidado como termos distintos e independentes representa um artifício linguístico para permitir que o intérprete dê feições jurídicas a um dever essencialmente moral.

Amor e cuidado são termos relacionados e tratá-los de forma diferenciada pode prejudicar a racionalidade da decisão. Se cuidado psicológico é a expressão fenomenológica do amor, então não se pode dizer que alguém não está obrigado a amar, mas deve prestar o cuidado psicológico ao seu filho, sob pena de se dizer coisas conflitantes entre si sobre o mesmo objeto (amar/expressar o amor). Não se pode, ao um só tempo, afirmar que não se está a falar de afeto quando é disso que trata o caso concreto. Isso indica que a avaliação dos julgadores acerca da reprovabilidade da conduta do pai faltoso influenciou na determinação do sentido do termo “cuidado”, o que gerou esforço argumentativo no sentido de afastá-lo do conceito de “amor”, a fim de se instituir uma obrigação de fazer. É possível inferir que os juristas adeptos à tese da responsabilidade civil por abandono afetivo criaram uma diferença conceitual artificial entre amor e cuidado como subterfúgio para alcançar o resultado moral desejado.

Voltando-se para a análise dos elementos da responsabilidade civil, e considerando-se que, majoritariamente, os julgados pesquisados adotam o

¹⁵² “O amor, por outro lado, é a vontade de cuidar, e de preservar o objeto cuidado. Um impulso centrífugo... Amar é contribuir para o mundo... *O eu que ama se expande doando-se ao objeto amado.* [...] E assim o amor significa um estímulo a proteger, alimentar, abrigar; e também à carícia, ao afago e ao mimo...” BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 24. (grifei)

¹⁵³ A autora analisa o drama de Julie d’Aiglemon, narrado por Balzac. A célebre mulher de 30 anos teve a filha Helene de um homem que não amava. Julie não ama a filha e se confessa ao padre, que diz a ela que melhor seria se ela estivesse morta. Balzac pretende compreender o mecanismo psicológico que impede a mulher de amar seu filho. A autora destaca do caso o seguinte: “Aliás, a criança não se deixa enganar pelos falsos sentimentos da mãe, pois o amor não se imita.” BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 275.

entendimento segundo o qual a responsabilidade civil por abandono afetivo é de natureza subjetiva, é ainda mais difícil justificar a imposição de um dever de reparação nesses casos. Isso porque a apuração da culpa pela ausência de amparo afetivo a alguém parece ser uma tarefa inadequada, ao menos para o Direito, pois seria inconcebível enquadrar-se o conceito de culpa ou dolo quando se trata da expressão de um fenômeno afeto à intimidade das pessoas.

A interferência, pelo jurista, em questões de tão íntima esfera pode também ser problemática no que se refere à análise do nexo causal entre a conduta ilícita e o dano moral. Como visto no Capítulo 1, há uma dificuldade, mesmo por parte dos profissionais responsáveis pela elaboração de laudos psicossociais sobre os casos, de se estabelecer uma relação de causa e efeito entre a postura do pai considerado faltoso e o sofrimento do filho. As reações humanas às frustrações são diversas, e o Direito novamente parece ser instrumento inadequado para apurar esta realidade.

A complexidade dessas questões desafia ainda mais a observância das regras de racionalidade do discurso jurídico, e pode contribuir para a formulação de um padrão decisório ruim para os casos de responsabilidade civil por abandono afetivo.

A não observância dos preceitos de racionalidade, da consistência e da universalidade afeta a segurança jurídica. A instabilidade sobre a interpretação do termo abandono afetivo dificulta a tarefa de identificar, previamente, se um determinado comportamento será considerado ilícito por parte dos Tribunais. Haveria mais clareza e transparência nos julgados se estes explicitassem, em seus fundamentos, “quais os elementos descritivos que conformam os critérios para a utilização de palavras avaliatórias”¹⁵⁴, e replicassem o resultado decisório com mais fidelidade aos elementos utilizados para qualificar juridicamente o comportamento do pai faltoso.

A relevância do estudo da racionalidade dos argumentos está relacionada com as garantias do Estado de Direito. A igualdade, a limitação do poder estatal e a prospectividade das leis são elementos centrais de uma democracia, o que não poderá ser alcançado se os comandos jurídicos – e seus fundamentos – “tivessem

¹⁵⁴ FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. v. 175, p. 53, 2007.

apenas um simulacro de inteligibilidade”, sob pena de admitir-se qualquer resultado de uma decisão judicial.¹⁵⁵

3.4. A regulação do comportamento humano e a necessidade de limites para o Direito

O presente trabalho ocupou-se, até este ponto, de formular uma crítica formal aos fundamentos utilizados pelos julgadores nos casos estudados no Capítulo 1. Argumentou-se que não houve observância à universalidade e aos critérios de racionalidade nos julgados, o que estabelece um padrão decisório deficitário e leva a questionar se, no caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, a decisão poderia ser formulada de forma universal, garantindo maior previsibilidade da qualificação jurídica das condutas dos interessados.

Para solução do problema da universalidade, seria possível, por exemplo, definir de forma mais específica, quais circunstâncias configuram abandono afetivo, tais como: período “x” sem visitação ou contato com o filho; não frequentar número mínimo “y” de aniversários do menor; contato no Dia dos Pais, ou outras condutas similares – desde que descritivamente identificáveis – que fossem consideradas violadoras dos deveres parentais (os quais também poderiam ser objeto de justificação, na medida em que compõem a premissa do silogismo a ser utilizado).

Essa não parece ser a melhor solução, no entanto. Ainda que os Tribunais procedessem com a máxima observância aos preceitos sugeridos neste capítulo, estar-se-ia qualificando como ilícito uma conduta afeta à esfera da intimidade das pessoas, pois, como já argumentado, não parece racional falar-se em abandono afetivo dissociando-o de um elemento constitutivo do próprio termo: o afeto. Dito de outro modo, não se vislumbra como é possível admitir a responsabilidade civil por abandono afetivo porque o ato ilícito não terá um conteúdo propriamente jurídico, mas tratará do dever de amar (ou, ao menos, de expressar o amor).

O fenômeno que se pretende regular, qual seja, a o afeto entre pais e filhos, não está ao alcance do Direito – e, portanto, do Estado. O Direito não se apresenta como um instrumento adequado ou eficaz para manter unido quem não deseja; pode

¹⁵⁵ MCCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 02.

apenas servir para regular a interação entre essas pessoas quando constatada a ausência de vontade por parte de uma delas.

É o que ocorre, analogamente, nos casos de extinção de condomínio (artigos 1.320 e 1.322 do Código Civil) e dissolução de união estável ou divórcio, hipóteses legais que indicam que basta que um dos membros da relação jurídica não mais deseje manter o vínculo com os demais para que este seja extinto. Quer-se com isso dizer que o Direito não é capaz de atingir ou regular o desejo das pessoas de se manterem vinculadas, cabendo a ele o papel limitado de estabelecer sob que condições a dissolução do vínculo jurídico se dará.

No caso do abandono afetivo, a imposição da responsabilidade civil pode ser problemática porque implica no ingresso do Direito na esfera da vida íntima das pessoas, conferindo-se ao Judiciário o poder e a atribuição de determinar de que modo devem os pais se comportar na criação de seus filhos. Tanto assim é que na Apelação Cível Nº 408.550-5, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais acolheu o seguinte argumento: “Nas concepções mais recentes de família, os pais de família têm certos deveres que independem do seu arbítrio, porque agora quem os determina é o Estado”.¹⁵⁶ A ideia defendida neste julgado indica a adesão à expansão da jurisdição para limites questionáveis, uma vez que entrega ao Estado o poder de se imiscuir na condução da educação dos pais no nível mais íntimo da relação paterno-filial: o afeto.

Por mais reprovável que se considere a postura de um pai que não visita seu filho, que se recuse a reconhecer a paternidade do menor ou que, por outro motivo, não expresse qualquer afeto pela criança, deve-se sopesar se a apreensão destes problemas sociais por parte do Direito é possível, razoável e desejável. O comando jurídico não deve refletir apenas uma opinião do jurista, ainda que esta seja apoiada por boas razões morais ou políticas. A fundamentação de uma escolha normativa deve atender à função de tornar a decisão inteligível e legitimada pela comunidade jurídica e também perante a sociedade – destinatária do comando normativo.¹⁵⁷

A tese adotada no Caso 1 parece mais razoável porque reconhece a limitação do Direito quanto ao seu poder de interferência nas relações privadas, e pondera as

¹⁵⁶ Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível Nº 408.550-5.

¹⁵⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 221-223.

consequências práticas e jurídicas de uma decisão que acolha a imposição da responsabilidade civil por abandono afetivo. Destaque-se as reflexões registradas a seguir:

...escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada.¹⁵⁸

...negativa de afeto não implica em um dano juridicamente indenizável, na medida em que se adentraria em uma área que não se legisla, pois independe da vontade do ser, sendo instância do sentir e sobre a qual o homem não tem domínio, não obedecendo a ordens naturais e racionais.¹⁵⁹

O afeto, o zelo, o amparo sentimental, que inegavelmente redundam no amor não decorrem de vínculo genético, não é produto resultante da mera vontade das pessoas, mas fruto de aproximação espontânea e incondicional. [...] nas relações familiares compete ao Judiciário a defesa dos direitos fundamentais, sem intromissão em questões de cunho sentimental [...] os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência...¹⁶⁰

Os trechos transcritos revelam o reconhecimento, pelos Tribunais, da impotência da lei em face da inexorável realidade vivenciada pelas partes. Reconhece-se que, por mais lamentável que possa ser, o fenômeno do abandono afetivo não deveria ser objeto de responsabilidade civil porque a sua causa geradora não pode ser apreendida pelo Direito, ao menos não sem prejuízo à racionalidade das decisões, como já defendido em linhas anteriores, bem como à liberdade das pessoas de vivenciar suas relações íntimas de afeto sem a interferência Estatal.

O Direito pode apenas tornar exigível a prestação obrigações materiais e, quanto aos deveres morais impostos aos pais, deve limitar-se a afastar a criança ou o adolescente da convivência com familiares que lhe causem prejuízo. No entanto, não está apto a impedir vivências negativas entre as pessoas ou impor a adoção de um comportamento simulador de um afeto não nutrido.¹⁶¹

¹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial 757.411/MG.

¹⁵⁹ Tribunal de Justiça do Paraná, Apelação Cível 986880-4.

¹⁶⁰ Tribunal de Justiça de Tocantins, Apelação Cível 10.270.

¹⁶¹ Entendimento similar é revelado no trecho da sentença do Juiz de Direito Rogério de Assis, citada e confirmada pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná na Apelação Cível 0639544-4: "...não se pode obrigar a existência de um padrão de relacionamento entre familiares, afastando possibilidades afetivas ruins e empobrecedoras, sob pena de invasão total e completa na vida das pessoas. O que se exige é um mínimo de proteção material e moral, contudo isso não significa um

3.5. O problema do melhor interesse da criança

Há que se ponderar, ainda, se a adoção da responsabilidade civil por abandono afetivo traria algum resultado positivo em prol da criança ou do adolescente, uma vez que os princípios inscritos no ordenamento jurídico para a proteção dos interesses desses são frequentemente utilizados pelos julgadores adeptos à tese do Caso 2.

Os dispositivos legais largamente utilizados pelos julgados classificados como “Admissível” (artigo 227 da Constituição Federal; artigos 4º e 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e artigo 1.634 do Código Civil) vigoravam antes de 2004, quando surgiu a primeira decisão acolhendo a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo. No entanto, como observado no segundo capítulo, durante décadas, os operadores jurídicos pátrios compreendiam como inconcebível a imposição desta responsabilidade, o que indica que o direito da criança à convivência familiar pode ser compreendido de forma diversa. Pode-se entendê-lo como um valor norteador de interpretação das normas do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como das políticas públicas. Por exemplo, impor ao Estado, à sociedade e à família o dever de assegurar esta convivência pode significar que a intenção da norma é evitar ao máximo abrigar a criança ou inseri-la em família substituta, promovendo-se o estímulo e o apoio para que a família natural a integre em seu seio. Em outras palavras, pode-se conceber que o sentido da norma é coibir a retirada de menores do ambiente familiar sem justificativa razoável, sem que isso, necessariamente, leve à conclusão de que ao pai ou mãe será imposto o dever de indenizar se estes falharem na assistência moral ou psicossocial ao filho.

O mesmo vale para o dever de guarda imposto aos pais. Embora o sentido óbvio da lei indique que os pais têm obrigação de ter sua prole consigo, sob sua companhia, a conclusão de que a violação deste dever implica na responsabilidade civil por abandono afetivo não pode ser tida como evidente. Para tanto, há de se agregar outros fundamentos. A mera referência aos dispositivos legais é insuficiente; é preciso argumentar por que a decisão é “equitativa, oportuna, socialmente útil”.¹⁶² Vale dizer que, ainda que a interpretação aparentemente literal dos dispositivos legais

dever completo de aproximação e afeto. O ordenamento jurídico não pode invadir o corpo físico das pessoas e inculcar uma obrigação de gostar de um outro indivíduo. A qualidade de pai traz implicações materiais e morais, mas não força um bem querer inexistente.”

¹⁶² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 216.

em comento permitam a conclusão de que é possível a responsabilidade civil por abandono afetivo, deve-se refletir se há bons motivos para adotar este posicionamento, tais como as consequências desta decisão e os princípios jurídicos que norteiam o caso concreto.¹⁶³

Muito embora se possa argumentar que a responsabilidade civil tem por objeto principal não o controle da conduta humana, mas a reparação do dano, essa também pode exercer uma função preventiva, no intuito de evitar o dano, além de uma função sancionatória, o que seria um efeito secundário ou induzido da responsabilidade civil, com objetivo retributivo, dissuasório, de prevenção de condutas antissociais.¹⁶⁴

Ao afirmar que os pais têm um dever jurídico de cuidado em relação aos filhos, o qual impõe a obrigação de participação efetiva na formação psicossocial dos filhos, mediante prestação de apoio afetivo e moral, o Direito tenta estabelecer um padrão comportamental desses pais. É razoável deduzir que, para evitar a imposição do dever de indenizar, as pessoas tentarão se adequar às exigências legais, mesmo que, para tanto, tenham de replicar comportamentos de um pai ou mãe afetuoso, o que pode ser problemático.

Sob o pretexto de melhor atender aos interesses das crianças – visto que, em tese, a presença dos pais é fator crucial para o bom desenvolvimento psicossocial destas – a imposição de uma convivência artificial pode causar a elas a mesma medida de sofrimento (ou ainda mais gravoso).

Observa-se que a visão adotada pelos Tribunais, quando do acolhimento da tese do Caso 2, pauta-se em pressuposições teóricas sobre o que seria o melhor para o filho abandonado, a partir de um modelo padronizado e idealizado de família. Uma pesquisa realizada em 1988 pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo identificou que o significado de família, no universo pesquisado, está relacionado à ideia de um grupo hierarquizado de pessoas ligadas por uma afetividade duradoura,

¹⁶³ MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. Rev. da trad. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 270-271.

¹⁶⁴ HERRERA, Edgardo López. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 01-116.

“incluindo uma relação de cuidado entre os adultos e deles para com as crianças e idosos que aparecem nesse contexto”.¹⁶⁵ Observou-se, ainda, que:

...tanto nas teorias e práticas de atendimento familiar com nas representações nas famílias, aparece, de forma irrefletida, o viés do modelo de família nuclear burguesa com conotação normativa.¹⁶⁶

A experiência prática, porém, indica que os laços de afeto entre os membros de uma família podem se desenhar de diversas formas. Há uma tendência de a criança formar um vínculo com quem quer que se ocupe de lhe prover suas necessidades básicas, de modo que “o outro significativo pode não ser a mãe”¹⁶⁷ ou o pai.

Muito embora a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente indiquem uma preferência de que a criança mantenha convívio com a sua família natural, a imposição desta convivência pode ir de encontro ao melhor interesse do menor. Profissionais atuantes em casos de recolhimento de crianças para abrigo ou entrega dessas para a adoção reconhecem efeitos deletérios de uma convivência forçada e que, por vezes, a decisão de se afastar da convivência com o filho é fruto de um desejo de proteger o menor e assegurar-lhe o afeto que não se considera capaz de prover.¹⁶⁸

A paternidade (ou a maternidade) não deve ser compreendida meramente como “um ato constitucional. Ninguém é obrigado a se sentir pai. Pai e mãe ou se é por livre decisão ou não se é.”¹⁶⁹ Por essas razões, ao lidar com a realidade de crianças em grave situação de abandono, qual seja, a de completa recusa de exercício do poder familiar, defende-se que:

Não se pode... assumir a posição de ‘manter o vínculo a qualquer preço’, pois a rejeição real e manifesta quando de fato

¹⁶⁵ SZYMANSKI, Helosia. Teoria e “teorias” de famílias. In DE CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *A família contemporânea em debate*. 6.ed. São Paulo: EDUC / Cortez, 2003. p. 26.

¹⁶⁶ SZYMANSKI, Helosia. Teoria e “teorias” de famílias. In DE CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *A família contemporânea em debate*. 6.ed. São Paulo: EDUC / Cortez, 2003. p. 26.

¹⁶⁷ VICENTE, Cenise Monte. O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção de vínculo. In KALOUSTIAN, Siolvio Manoug (Org.) *Família brasileira, a base de tudo*. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2000. p. 49.

¹⁶⁸ BECKER, Maria Josefina. A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece. In KALOUSTIAN, Siolvio Manoug (Org.) *Família brasileira, a base de tudo*. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2000. p. 61.

¹⁶⁹ ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice*: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da justiça. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014. p. 155.

existe, coloca em risco o desenvolvimento afetivo do bebê. Não cabe aqui julgamento moral e sim reconhecer que há mulheres que não se dispõem a ser mães, circunstancialmente, daquela criança ou mesmo como opção definitiva. É importante respeitar tais decisões e, nesses casos, tomar todas as providências necessárias para assegurar o direito da criança a ser acolhida por pessoas capazes de amá-la e protegê-la.¹⁷⁰

Os registros feitos por estudiosos da assistência social e da psicologia, relatados aqui brevemente, servem para pontuar que o estabelecimento de um dever de convivência (seja qual for a feição, ainda não clara, do núcleo mínimo de cuidados que se deve dispensar ao filho menor) pode induzir a um contato artificial entre pais e filhos e, na medida em que o daquele não seja genuíno, a prole estará exposta diretamente ao sentimento de rejeição, não sendo poupada do sofrimento. O convívio entre pais e filhos, nesses moldes, poderá fomentar efeitos negativos no desenvolvimento psicossocial do menor, pois a presença física do pai ou da mãe não afasta a possibilidade de ausência da figura paterna/materna em seu sentido afetivo, apta a gerar a sensação de abandono pelos filhos.

A violação do alegado dever de cuidado poderá, portanto, ocorrer ainda que o par parental não tenha se separado. Os pais poderão estar presentes fisicamente, mas falharem no papel de amparo afetivo à sua prole. Uma pesquisa realizada em 1993 por estudantes de Serviço Social em dois Centros de Educação Complementar de Florianópolis revelou que, apesar de a família nuclear ainda representar o modelo majoritário de unidade familiar, a família matrifocal representava 23,3% dos grupos estudados, com tendência ao aumento deste índice. Além disso:

...64,0% dos 'pais físicos' eram considerados ausentes pelas mães entrevistadas. Ausência esta tanto no processo de educação dos filhos e no psicológico, quanto no cômputo das rendas da família [...]

Este sentido de ausência vem sendo transmitido de uma a outra geração, negando o desejo de cada filho de ser assumido pelo pai, fragilizando seu processo de identificação.

A vivência destas famílias revelou que 76,0% dos pais não auxiliavam em nenhuma atividade doméstica... enquanto 76,0% das mães tinham dupla jornada de trabalho.

¹⁷⁰ BECKER, Maria Josefina. A ruptura dos vínculos: quando a tragédia acontece. In KALOUSTIAN, Siolvio Manoug (Org.) *Família brasileira, a base de tudo*. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2000. p. 65-66.

Na configuração final, o perfil das famílias revelou pais despreparados e impotentes para enfrentarem as dificuldades da vida e de suas responsabilidades, aliado ao distanciamento afetivo e às relações violentas e tensas, transformando-os em parâmetros inaceitáveis de identificação.¹⁷¹

De acordo com o entendimento adotado no Caso 2, aos pais compete prover um mínimo de cuidado com relação à prole, cuidado esse compreendido como um dever de convívio para se alcançar o bom desenvolvimento psicossocial da criança.¹⁷² Pode-se afirmar, portanto, que a responsabilidade civil por abandono afetivo deveria ser possível mesmo nos casos em que a criança conviveu com ambos os pais, mas recebeu deles pouco amparo afetivo por parte desses, sob pena de violação do princípio lógico da identidade. Se o que se pune no comportamento parental é a falha no provimento de um suporte psicológico e afetivo mínimo para o menor, a frequência com que este convivia com o pai ou mãe faltoso é questão posta em segundo plano.

A imposição da responsabilidade civil em casos tais também pode ser problemática, porque, de igual modo, reclamaria uma interferência na intimidade da convivência familiar, abordando-se minúcias do comportamento humano para as quais o Direito não conta com ferramentas de análise e compreensão. Por vezes, os próprios julgadores reconhecem que, ao acolher a tese do Caso 2, estão decidindo fora do Direito. A propósito, confira-se:

...não pode o julgador se olvidar que deve existir um núcleo mínimo de cuidados parentais com o menor que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social...¹⁷³

O descumprimento de tais deveres não precisam ser considerados como ilícito para ensejar o dever de indenizar, porque na verdade tal imposição decorre da ofensa a valores superiores, à consciência e à solidariedade entre os homens.¹⁷⁴

¹⁷¹ TAKASHIMA, Geney M. Karazawa. In KALOUSTIAN, Siolvio Manoug (Org.) *Família brasileira, a base de tudo*. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2000. p. 80.

¹⁷² Trecho do voto da Ministra Relatora do Recurso Especial n. 1.159.242/SP: "...entre os deveres inerentes ao poder familiar, destacam-se o dever de convívio, de cuidado, de criação e educação dos filhos, vetores que, por óbvio, envolvem a necessária transmissão de atenção e o acompanhamento do desenvolvimento sócio-psicológico da criança..."

¹⁷³ Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.159.242/SP.

¹⁷⁴ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Apelação Cível 0154617-61.2010.8.19.0001.

Essas reflexões permitem inferir que o Direito não se mostra como instrumento apto a apreender o fenômeno do abandono afetivo, problema que deveria ser tratado por outros profissionais que também possibilitam a interferência no comportamento humano (Assistência Social e Psicologia, por exemplo), pois as causas do abandono afetivo contam com fatores variados que se inserem, ao menos via de regra, fora do campo jurídico.

A leitura dos estudos como os ora referidos pode contribuir não apenas para a compreensão dos fatores geradores do sentimento de abandono familiar em crianças e adolescentes. Aliados à literatura sociológica e da sociologia jurídica, é possível também refletir sobre as causas que levaram ao crescente número de demandas que tratam sobre o tema. As considerações expostas no próximo capítulo pretendem contribuir para o debate sobre as razões que levaram algo que era considerado tema exclusivo da Moral a ganhar ares de juridicidade.

4. CAPÍTULO 4: CAMPO, *HABITUS* E O DIREITO

A reflexão sobre a expansão do campo jurídico, indicando possíveis razões pelas quais o Poder Judiciário tem sido acionado para solucionar questões antes reservadas a outros palcos sociais, se mostra relevante, na medida em que se observou, nos capítulos anteriores, uma mudança no entendimento sobre o tratamento jurídico do abandono afetivo, ainda que em prejuízo à qualidade da fundamentação das proposições jurídicas.

Conforme observou-se no Capítulo 2, o abandono afetivo era tradicionalmente considerado objeto inapreensível pelo Direito, entendimento superado por parte considerável de juristas contemporâneos. A causa dessa virada de entendimento, no entanto, não pode apenas ser atribuída a uma nova interpretação das regras jurídicas vigentes, mas conta com apoio em um contexto social que torna possível e justificável a interferência Estatal em tão delicado tema.

Nesta fase final do trabalho, propõe-se avaliar possíveis causas que vão além do discurso constitucionalista contemporâneo para compreender a expansão do campo jurídico com apoio em uma leitura da sociologia jurídica sobre as características deste campo no Brasil.

4.1. Reflexões sobre a figura paterna e normatividade

Como já referido em linhas anteriores, a pesquisa citada por Geney M. Karazawa Takashima, constatou que, em 64% das famílias entrevistadas, as mulheres entendiam que os pais, embora presentes fisicamente, não prestavam assistência adequada no processo de educação dos filhos, bem como observou uma tendência ao aumento de famílias matrifocais.¹⁷⁵ Essa tendência é confirmada por pesquisas mais recentes. De acordo com o Censo Demográfico de 2010, as famílias brasileiras têm cada vez mais apresentado formas diversificadas de constituição, afastando-se do modelo clássico par parental-filhos. Embora a fórmula tradicional “par parental-filhos” seja ainda comum, a pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de

¹⁷⁵ TAKASHIMA, Geney M. Karazawa. In KALOUSTIAN, Siolvio Manoug (Org.) *Família brasileira, a base de tudo*. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2000. p. 80.

Geografia e Estatística aponta que a família constituída pela mãe e filhos cresceu ao longo da década 2000-2010, fato este também verificado entre 1992 e 2002.¹⁷⁶

Outra pesquisa, que se ocupou da análise de processos de regulamentação de visitas de menores à luz da literatura psiquiátrica, realizada perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, observou que os casais tendem a enfatizar os aspectos positivos do nascimento de um filho, o que, contudo, não condiz com conflitualidade presente nas famílias. As autoras do estudo constataram que os casais pesquisados (litigantes, portanto) não são capazes de “fazer uma boa transição para o estado conjugal”, ressaltando que a formação do casal é uma das tarefas mais desafiadoras e complexas da unidade familiar, sob o ponto de vista psicossocial. O nascimento da criança, nesse contexto, surge como causa de “conflitos do casal, os quais, se forem integralmente reprimidos, poderão determinar o surgimento de perturbações no relacionamento conjugal, com repercussões na educação da prole”. O estudo observou que, após a separação do par parental, o homem tende a voltar a viver como solteiro, enquanto as mulheres “ficam sobrecarregadas com as responsabilidades de uma família que se tornou uniparental”, o que pode ser um fator de aumento de conflito entre o par parental.¹⁷⁷

Há uma correlação entre as informações colhidas nas pesquisas referidas e na pesquisa de julgados realizada neste trabalho. Dentre os 245 casos selecionados, aproximadamente 98% (241 julgados) tratavam de abandono praticado pelo pai, com apenas 05 julgados¹⁷⁸ em que a mãe constou como parte ré da ação reparatória.

¹⁷⁶ Fontes:

ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Familias_e_Domicilios/censo_fam_dom.pdf e <http://teen.ibge.gov.br/biblioteca/livros-on-line/274-teen/mao-na-roda/1770-a-familia-brasileira>. Acesso em 05/11/2013.

¹⁷⁷ DOS SANTOS, Joana d’Arc Cardoso; FONSECA, Maria Aparecida Medeiros da. A regulamentação de visitas e a dificuldade de separação dos casais. In LIMA, Helenice Gama Dias de. (Coord.) *Construindo caminhos para a intervenção psicossocial no contexto da Justiça*. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2003. p. 65-67.

¹⁷⁸ São eles:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível 70035087097. A autora foi deixada pela mãe biológica sob os cuidados da tia materna, a qual, por sua vez, constou indevidamente como mãe da autora no registro de nascimento desta. A autora ingressou com ação contra a mãe registral, pela prática de abandono afetivo.

Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 0066871-10.2009.8.26.0224. Caso em que a ré deixou seus filhos sob cuidados de parentes após o falecimento do pai destes.

Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível 0302572-41.2009.8.26.0000. Ré foi mãe aos quinze anos, tendo se separado do pai e deixado os filhos sob os cuidados deste e da avó materna.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível n. 2010.026873-7. Caso em que a parte pleiteia indenização por danos morais contra a mãe em razão de ter sido entregue para adoção.

Esses fatores permitem a compreensão de uma das possíveis razões pelas quais se recorre ao Poder Judiciário para buscar a reparação por abandono afetivo. A crescente realidade de famílias monoparentais (em sua maioria, matrifocais) é o terreno em que o abandono afetivo se desenvolve, via de regra. Com a separação do par parental, aquele que não detém a guarda da prole comum tende a dela afastar-se, especialmente se há formação de um novo núcleo familiar. A tendência de que os cuidados com a prole se concentre na figura materna gera uma sensação de injustiça, percebida pela própria mãe e também pelos filhos.

O aumento do índice de separações e dos novos arranjos familiares pode ser considerado fruto da proeminência pela busca liberdade individual e da felicidade como valores sociais aceitos em mais larga escala, perdendo espaço a concepção de família indissolúvel, fruto de preceitos morais e/ou religiosos mais rígidos.¹⁷⁹ A fluidez dos laços afetivos estabelecidos na sociedade contemporânea é uma realidade estudada por Zygmunt Bauman, para quem a estrutura das famílias atuais é caracterizada pela fragilidade dos vínculos, de curta duração, e pela ausência de inserção da pessoa a uma só linhagem de parentesco. Uma mesma pessoa pode compor diversas redes familiares, o que facilita a compreensão de que a integração a uma família é uma questão de escolha – escolha esta passível de revogação a qualquer momento. O filho, que deveria implicar em uma ligação duradoura, pode ser concebido, no contexto familiar atual, como forma de atender ao desejo de consumo emocional, e não de formação de vínculo perene.¹⁸⁰

O ato de gerar um filho estabelece um vínculo que se pressupõe perene ou, ao menos, por demais duradouro se comparado à velocidade de formação dos vínculos afetivos na sociedade contemporânea. Daí afirmar-se que a família atual seja “fruto de continuas negociações e acordos entre seus membros e, nesse sentido, sua duração no tempo depende da duração dos acordos”.¹⁸¹ A criação de um filho implica

Tribunal de Justiça de Sergipe, Apelação Cível 7197/2012. Ré pratica adoção à brasileira da parte autora e, posteriormente, ingressa com ação negatória de maternidade para impedir o filho não-biológico de receber sua herança no futuro.

¹⁷⁹ Dados do Censo 2010 do IBGE indicam queda dos brasileiros que se declaram católicos apostólicos romanos. Fonte: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>. Acesso em 06/11/2013.

¹⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido*: sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 59.

¹⁸¹ BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. In DE CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *A família contemporânea em debate*. 6.ed. São Paulo: EDUC / Cortez, 2003. p. 37.

em cuidar dos interesses e do bem-estar de um ser frágil e dependente, o que pode se contrapor à perseguição da felicidade individual. Comprometer-se com o papel parental pode ser compreendido como um paradoxo, pois, “nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante.”¹⁸²

Deve-se ter em conta, ademais, que o desenvolvimento de profissões que prestam assistência social, à saúde e à educação de criança e adolescentes parece retirar dos pais a segurança para o trato de determinados temas. Os pais passam reduzir seu espaço na função parental, favorecendo o conhecimento especializado, de modo que a “autoridade se impõe de fora para dentro e os efeitos são vários, tanto do ponto de vista sociológico quanto psicanalítico”. A família sofre perda de importância e de função na sociedade. Na contemporaneidade, as funções parentais passam por novas interpretações, e sofrem influência da modificação da condição da mulher na sociedade, o que afeta, por consequência, o papel do homem.¹⁸³

O enfraquecimento do par parental como uma figura estável e fonte normatizante foi também percebido em uma pesquisa realizada junto à Vara da Infância e Juventude, a qual identificou que há, por parte das famílias de adolescentes em conflito com a lei, uma concepção de que as autoridades do Poder Judiciário funcionam como um substituto à função paterna. Nesta pesquisa, Sandra Maria Baccara Araújo elenca as diferentes dimensões da função paterna: há “o pai biológico... o pai legal, aquele que dá o nome; o pai social, o educador, o político, o provedor; e o pai simbólico, aquele que é internalizado pelo sujeito psíquico”. É o pai simbólico que dá à pessoa o sentido de lei, de estruturação de regras para convívio em sociedade. Este é o espaço ocupado pelo Estado, na figura do Pai Jurídico, conceito desenvolvido pela autora como sendo:

...aquele que é representado por uma Instituição que atua em nome da Lei... e que traz para a criança e para o adolescente a Lei que pode propiciar a formação do sujeito social, quando esta não foi suficientemente instalada no domínio familiar e social.¹⁸⁴

¹⁸² BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004. p. 65.

¹⁸³ BILAC, Elisabete Dória. Família: algumas inquietações. In DE CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *A família contemporânea em debate*. 6.ed. São Paulo: EDUC / Cortez, 2003. p. 33-36.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da justiça*. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014. p. 16.

É possível transportar o simbolismo do Pai Jurídico para uma percepção mais ampla. O Poder Judiciário é chamado para impor o comportamento moralmente desejado aos pais faltosos porque tem se mostrado como a saída para solução dos mais diversos problemas da vida, atuando como um transformador das mazelas sociais e políticas. Nesse sentido, o Judiciário seria “um pai” não apenas para menores em conflito com a lei, mas uma figura paterna para a sociedade como um todo, visto que as demais instâncias de poder aparentam não obter êxito em suas funções normativas.

4.2. O poder simbólico do campo jurídico

O foco se volta, então, para o papel do Poder Judiciário. Há quem defenda a necessidade de um maior protagonismo judicial, depositando-se nesse Poder a esperança por mudanças sociais. O Judiciário é visto como garantidor de direitos sociais, responsável por efetivá-los, inclusive, se necessário, por meio da determinação de implementação de políticas públicas¹⁸⁵ ou, no caso do abandono afetivo, pela imposição de um padrão comportamental para os pais com relação aos filhos.

Segundo pesquisa publicada em 1997, alguns membros da magistratura cultivavam uma auto imagem de atores de transformação social. O estudo indica que 83% dos juízes entrevistados consideraram que o Poder Judiciário não era uma instituição neutra; e, para 74,8% dos entrevistados, o papel da instituição estava associado à promoção do Estado de Direito no país. Afastando-se da ideia de neutralidade do Poder Judiciário, os juízes se compreendem como formuladores do Direito – o que denotaria uma aproximação entre o sistema da *common law* com o *civil law*, tradicionalmente adotado na formação doutrinária do jurista brasileiro.¹⁸⁶

¹⁸⁵ A título de exemplo:

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* 692541. Primeira Turma. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Julgado em 25/08/2015. Publicado no DJe em 21/09/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo* 893253. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 04/08/2015. Publicado no DJe em 25/08/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo* 745745. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 02/12/2014. Publicado no DJe em 19/12/2014.

¹⁸⁶ VIANNA, Luiz Werneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*, Rio de Janeiro, Revan, 1997. p. 258-260.

Embora com menor abrangência e ainda em andamento, uma pesquisa mais recente, realizada pelo Observatório do Judiciário da Amazônia, identificou resultados semelhantes. Dos magistrados entrevistados na Região Metropolitana de Belém e Santarém, no Pará, 88% discordam da afirmação no sentido de que “o magistrado é um aplicador imparcial da lei e, portanto, não cabe a ele a implementação de princípios éticos, morais e políticos exteriores ao direito”, enquanto 56% acreditam que o Judiciário tem o papel de “promover a realização plena do Estado de Direito” e 38% creem que ao referido Poder também compete “atribuir-se um papel ético moral na sociedade, educando-a para a vida pública e a cidadania”.¹⁸⁷

Esta compreensão do magistrado como protagonista na promoção e efetivação de direitos é reforçada pela ideia de necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana e do bem-estar social, o que encontra legitimação no discurso de doutrinas como o Neoconstitucionalismo e o Direito Civil Constitucional e promove a expansão do campo jurídico para novos espaços.

Para Pierre Bourdieu, o espaço social é tido como um campo de força e luta entre os agentes que o ocupam, os quais se desafiam a partir de sua “posição na estrutura do campo de forças, contribuindo assim para a conservação ou a transformação de sua estrutura”.¹⁸⁸ O campo jurídico, por sua vez, representa um “universo social relativamente independente em relação às pressões externas”, espaço no qual se exerce autoridade do Direito, “forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado”.¹⁸⁹ Para o autor, o uso do conceito de campo nas ciências sociais afasta a necessidade de classificação da sociedade por classes, e permite a identificação de estruturas formadas no espaço social para distribuição diversos tipos de capital simbólico.

No campo jurídico, os agentes contam com o domínio sobre uma linguagem específica, bem como com o cultivo da ideia de que a ciência jurídica é autônoma. Assim, aqueles considerados aptos a interpretar, a fazer uso da linguagem jurídica,

¹⁸⁷ Disponível em http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/12_7_2012_16_26_0.pdf Acesso em 25/09/2015. Pesquisa Coordenada pelo Professor Doutor Celso Antonio Coelho Vaz junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Pará. Dados de 2012.

¹⁸⁸ BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Trad. Mariza Correa. Campinas: Papirus, 1996. p. 50.

¹⁸⁹ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad.: Fernando Thomaz. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 211.

apropriam-se de uma força simbólica (ainda que com restrita autonomia, sempre vinculada ao texto da lei). O Poder Judiciário exerce, com destaque, o poder de nomeação, na medida em que é o detentor do monopólio da violência simbólica. Ao colocar-se como terceiro estranho ao litígio, este poder manifesta o ponto de vista transcendental às visões particulares dos litigantes, trazendo a visão do Estado soberano para a solução do conflito. O veredito judicial é um ato de nomeação, representa a palavra autorizada, a palavra oficial.¹⁹⁰

A sociedade pode ser estudada a partir da ideia de campos – espaços estruturados e estruturantes nos quais os atores relacionam-se mutuamente na disputa por capital simbólico (poder, intelecto, finança, prestígio, fama, etc) – e esses campos são identificáveis e estabilizados por meio do compartilhamento do *habitus*, “um conjunto de disposições compartilhadas por todos os atores... que guiam a conduta destes”.¹⁹¹ O *habitus* é formado pela visão de mundo dos agentes de cada campo, mas é também responsável por esta formação, uma vez que o agente constrói sua visão a partir do ponto que ocupa do espaço social. Assim:

As disposições dos agentes, o seu *habitus*, isto é, as estruturas mentais através das quais eles apreendem o mundo social, são em essência produto da interiorização das estruturas do mundo social. [...] O *habitus* é ao mesmo tempo um sistema de esquemas de produção de práticas e um sistema de esquemas de percepção e apreciação das práticas.¹⁹²

O campo jurídico, portanto, é o resultado da relação entre a sua estrutura e a conduta de seus atores.¹⁹³ Se o Poder Judiciário é o ator-chave no exercício do poder normativo e nominativo, e este é personificado pelos agentes que lhe representam, é relevante analisar a forma como estes agentes agem e pensam, bem como o contexto em que estes se inserem, sob pena de reduzir-se o estudo do Direito à análise formal de decisões, o que resultaria em uma análise incompleta do fenômeno jurídico. Nesse ponto, é possível utilizar-se das lições de Pierre Muller, o qual propõe, para o estudo

¹⁹⁰ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad.: Fernando Thomaz. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. Capítulo VIII.

¹⁹¹ VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. Derecho y sociedade en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In *Colección En Clave de Sur*. 1a ed. ILSA: Bogotá, 2003. p. 20.

¹⁹² BOURDIEU, Pierre. *Coisas ditas*. Trad. Cássia R. da Silveira e Denie Moreno Pegorim. Rev. Paula Montero. São Paulo: Brasiliense, 2004. p. 158.

¹⁹³ VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. Derecho y sociedade en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In *Colección En Clave de Sur*. 1a ed. ILSA: Bogotá, 2003. p. 25.

das políticas públicas, uma abordagem cognitiva, de modo que estas sejam tomadas não apenas como meio para resolução de problemas, mas também formas de construção de visões de mundo (ou quadros de interpretação).¹⁹⁴

Yves Surel adota a ideia semelhante, de referencial, para referir-se à imagem de realidade social construída sob o prisma das relações de hegemonias setoriais e globais. Em outras palavras, o referencial dos atores da política pública representa os processos de categorização e de definição que caracterizam a linguagem e os instrumentos de determinado setor da sociedade global, e definem sua função dentro desta figura maior. A partir deste referencial, será possível delinear-se as normas e procedimentos para determinar a política pública.¹⁹⁵

O referido arcabouço teórico pode ser útil para o estudo compreensivo e prático do Estado em ação. O Estado, ao decidir sobre a forma de abordagem de determinado problema social, o faz por meio de seus agentes, os quais se relacionam através de setores dentro do próprio governo e com a própria sociedade (que poderá também prover seus atores, os quais cooperam ou influenciam na solução desses problemas). Esses agentes, por sua vez, são influenciados por fatores externos (forma de organização do Estado, regramento jurídico, pressões políticas) e, também, pela visão de mundo que adotam, o que influencia desde a interpretação de determinada questão social como um problema (ou não) até a escolha da melhor forma de enfrentá-la.

A análise do tema da responsabilidade civil por abandono afetivo a partir dos conceitos ora apresentados permite algumas reflexões. Como visto em linhas anteriores, a relação entre o pai e a mãe de uma criança pode ser marcada pela desigualdade. A emancipação da mulher no espaço público não ocorreu da mesma forma na vida privada, de modo que esta continuou a protagonizar a criação da prole, o que pode implicar em uma sobrecarga no exercício de vários papéis por parte de uma só pessoa. Em outros termos, a mulher ocupa, via de regra, um espaço desprivilegiado no campo social, e concentra menos capital simbólico em face do homem quando se trata do exercício da parentalidade. Nesse contexto, é possível afirmar que a propositura de ações de reparação pelo abandono afetivo revelem um

¹⁹⁴ MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. In: *Revue française de science politique*, 50e année, n°2, 2000. p. 189-208.

¹⁹⁵ SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas. In: *Estudios Políticos*. ISSN 0121-5167, n. 33, Medellín, julio-diciembre de 2008. p. 42-43.

anseio de que o Poder Judiciário interfira na relação “pai-mãe-filho” para nominar o pai como uma pessoa faltosa (classificá-lo, oficialmente, como praticante de um ato ilícito), utilizando-se do capital simbólico que concentra de forma significativa¹⁹⁶ para, simbolicamente, compensar a falta de privilégio da mulher.

O Poder Judiciário, por seu turno, sente-se autorizado a interferir na aludida relação porque, ao longo da última década, reforçou-se um discurso legitimador desta postura dos atores jurídicos. O discurso dos “constitucionalismos” atualmente em voga constitui o *habitus* vigente no campo jurídico, e reiteram a visão, nos operadores do Direito, de que, em face da ineficiência da função normativa presente em outros campos, caberá ao Judiciário entrar em ação para reequilibrar o jogo social. Essa percepção naturaliza a expansão do campo jurídico, e legitima a intervenção do Direito em questões antes reservadas à esfera da política, da economia e, no caso específico da responsabilidade civil por abandono afetivo, da moral.

4.3. A legitimação da expansão do campo jurídico

O estudo do discurso de juristas adeptos ao dito “neoconstitucionalismo” pode contribuir para inferência de que, em face da necessidade proteção à dignidade da pessoa humana e de concretização de direitos fundamentais, o Poder Judiciário estaria autorizado a protagonizar decisões afetas a temas classicamente definidos como intangíveis pelo Direito.

Luís Roberto Barroso¹⁹⁷ compreende que, o neoconstitucionalismo se identifica, filosoficamente com o pós-positivismo, cujos pioneiros seriam John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Albert Calsamiglia. Este posicionamento filosófico pretende “ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas”. A releitura do Direito faz-se por meio do reconhecimento da normatividade dos

¹⁹⁶ Para Pierre Bourdieu: “O capital simbólico é uma propriedade qualquer... percebida pelos agentes sociais cujas categorias de percepção são tais que eles podem entendê-las (percebê-las) e reconhecê-las, atribuindo-lhes valor. [...] A concentração do capital jurídico é um aspecto, ainda que central, de um processo mais amplo de concentração do capital simbólico sob suas diferentes formas, fundamento da autoridade específica do detentor do poder estatal, particularmente de seu poder, misterioso, de nomear.” BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Trad. Mariza Correa. Campinas: Papirus, 1996. p. 107 e 110.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005. p. 16-17.

princípios, os quais relacionam-se com valores e regras; conta com a “reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica”, além de pretender-se uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento do estudo dos direitos fundamentais a partir da compreensão da dignidade humana, sobre a qual aqueles se fundamentam. O autor reconhece a necessidade de expansão do campo jurídico ao definir, como marcos teóricos do neoconstitucionalismo: a) o reconhecimento da força normativa da constituição (o que gera uma preocupação com a eficácia das normas jurídicas constitucionais¹⁹⁸); b) a expansão da jurisdição constitucional, com o afastamento da supremacia do Poder Legislativo, instrumentalizado pelos mecanismos de controle de constitucionalidade; c) nova interpretação constitucional, a qual conta com um “sincretismo metodológico”, uma vez que o intérprete constitucional não se vale apenas do método da subsunção de normas, mas passa a participar da construção do direito, utilizando a ponderação, na medida em que aplica ao caso concreto cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios.¹⁹⁹

O discurso neoconstitucionalista defende também uma redefinição da relação entre o Direito e a Moral, e, conseqüentemente, a necessidade de uma nova leitura do Direito à luz de ideias jusnaturalistas.²⁰⁰ Sustenta-se que o jurista teria maior espaço para a criação do direito, devendo fazê-lo em observância à virtude da prudência²⁰¹, mediante a utilização da técnica da ponderação, sem perder de vista a necessidade de adequada fundamentação de suas proposições.²⁰² Defende-se, sob o pretexto das conseqüências advindas da observância à letra fria da lei no contexto da Segunda Guerra Mundial, uma superação do ceticismo positivista, atraindo-se os

¹⁹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 240, abr./jun. 2005. p. 86.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005. p. 17-23.

²⁰⁰ V. LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos?, *Revista de Processo*, v. 35, n. 184, jun. 2010. p. 170. e BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005. p. 16.

²⁰¹ “... o direito e a moralidade não são campos distintos como hoje se entende. Todavia, a aplicação das regras aos casos concretos, diretamente, nem sempre é possível... Nesses casos, deverá o juiz aplicá-las conforme a reta razão. Julgar bem seria julgar bem em casos específicos. *Phronêsis* (prudência) é a virtude intelectual que julga bem o caso específico e é, portanto, a virtude mestra, pois é pressuposto do exercício das demais virtudes.” MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

²⁰² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005. p. 23.

valores para o centro o Direito, por meio da normatividade dos princípios, característica do pós-positivismo.²⁰³

A expansão do campo jurídico ganha força com o discurso neoconstitucionalista. Na medida em que se compreende que todos os poderes estatais estão sujeitos à Lei Maior²⁰⁴, e considerando-se que as cortes constitucionais, via de regra, são responsáveis pela última palavra sobre o que diz a Constituição, as divergências no exercício desses poderes são levadas mais frequentemente ao Judiciário. Este, por sua vez, se vê desafiado a apreciar as mais diversas matérias, de questões políticas a questões morais.²⁰⁵

O discurso da escola do Direito Civil Constitucional não se afasta das concepções defendidas pelo neoconstitucionalismo. Também calcado em uma ideia de aversão à obediência estrita à letra lei, o Direito Civil Constitucional apregoa um efeito irradiador da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, com ênfase no fato de ter ela sido inserida na Constituição de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, o que serve de argumento para a defesa de que se deve compreender que a pessoa passa a ser o centro de preocupação do ordenamento jurídico e implica em um “abandono da postura patrimonialista herdada do século XIX”, em privilégio ao desenvolvimento humano e à dignidade da pessoa concreta, “visando à sua emancipação”.²⁰⁶

É possível observar que, sob a ótica do Direito Civil Constitucional, defende-se que o legislador não cria, propriamente, novos direitos, mas apenas regulamenta o que o texto constitucional já explicitou²⁰⁷, argumento similar ao que apregoa a corrente neoconstitucionalista, para quem, no Estado Constitucional, a validade das normas é avaliada mediante critérios materiais, “capazes de condicionar a atividade legislativa inclusive em seus conteúdos, e não só em suas formas”.²⁰⁸ A lei, portanto, está

²⁰³ GEBARA, Gassen Zaki. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. In *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados. v. 8, n. 6, jul./dez. 2006.

²⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 111.

²⁰⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 38-49.

²⁰⁶ FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

²⁰⁷ FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 7.

²⁰⁸ POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In CARBONELL, Miguel. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 189. (tradução livre da autora)

subordinada aos comandos constitucionais, assumindo, em certa medida, um papel residual – de instrumento de concretização dos princípios constitucionais. Isso pode significar uma perda do caráter de livre expressão do poder político. Não haveria mais espaço para questões políticas, já que a pauta do Legislativo estaria pré-disposta na própria Constituição.²⁰⁹

O perigo, aqui, é o mesmo já apontado sobre o neoconstitucionalismo: que, de um lado, o Judiciário condicione o exercício do poder político à uma pauta supostamente inserida na norma constitucional, a qual, no entanto, é deduzida no espaço de discricionariedade conferido ao julgador.

4.4. Mais sobre a importância de limites para o Direito

O reforço da concepção do campo jurídico como o palco adequado para todo o tipo de batalha social pode ser problemático porque pode gerar um demasiado uso do autoritarismo e da violência simbólica para solução de problemas que poderiam ser resolvidos por meio de negociações entre os atores do campo. Talvez essa seja uma característica do campo jurídico em países de desenvolvimento tardio, onde se observa um déficit de eficiência dos poderes estatais.

Mauricio García Villegas observa que o estudo das características do Direito na América Latina envolve três temas: a pluralidade jurídica (vários campos jurídicos coexistem); a ineficiência instrumental do Direito (diferença entre o que prevê a lei e a conduta dos atores do campo jurídico e também dos destinatários das normas) e o autoritarismo (que “consiste no uso frequente da força e de procedimentos autocráticos por parte dos criadores e aplicadores do direito”).²¹⁰ Em face desses traços, observa-se um hiato entre o que prevê a lei e a realidade vivenciada pelos atores sociais, o que pode ser explicado, inclusive, pelo fato de que a produção das normas jurídicas serve mais para a legitimação política ideológica do que para a

²⁰⁹ POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In CARBONELL, Miguel. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 193.

²¹⁰ VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. Derecho y sociedade en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In *Colección En Clave de Sur*. 1a ed. ILSA: Bogotá, 2003. p.23.

garantia de efetividade dos direitos – há, portanto, uma tendência ao “uso simbólico das normas e dos discursos jurídicos”.²¹¹

É o que parece ocorrer nos casos de julgamento da responsabilidade dos pais por abandono afetivo. Às custas de uma fundamentação coerente e consistente, os Tribunais inserem nos deveres parentais questões relativas à afetividade como forma de exercer um uso simbólico das normas jurídicas de proteção à criança e ao adolescente, mas com o objeto de reproduzir um discurso ideológico de reprovação da conduta do pai faltoso. Esta função simbólica da norma fica mais evidente quando há alusão à necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana para justificar a responsabilidade civil por abandono afetivo – o que se observa tanto nas decisões catalogadas no Capítulo 1 quanto na doutrina adepta ao Direito Civil Constitucional, descrita no Capítulo 2.

Outras questões podem ser problemáticas quando se trata do protagonismo de atores do campo jurídico em questões considerada “limítrofes” (Direito-Moral; Direito-Política; Direito-Economia, por exemplo). Em primeiro lugar, a retirada do debate sobre o problema do campo em que ele se origina, quando imprópria, pode representar um paternalismo Estatal incapacitante, na medida em que se retira de outros atores o desafio de resolução de questões sociais por meio do debate democrático (para questões políticas) ou do diálogo (para questões pessoais), o que contribuiria para o aumento da autonomia e da maturidade desses atores.

Em segundo lugar, o uso simbólico das normas jurídicas tende a banalizá-las, na medida em que vem acompanhando de uma fundamentação deficitária das decisões. O prejuízo à consistência e à coesão dos fundamentos adotados em uma determinada decisão representa um empobrecimento do discurso jurídico e o aumento da insegurança jurídica, na medida em que a quebra da racionalidade do discurso jurídico dá azo ao exercício discricionário do poder normativo.

Por fim, como consequência da adoção de uma ideologia que naturaliza e incentiva a expansão do campo jurídico, a legitimidade do Poder Judiciário é

²¹¹ VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. Derecho y sociedade en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In *Colección En Clave de Sur*. 1a ed. ILSA: Bogotá, 2003. p. 35-40.

pressuposta, quando esta deveria ser conquistada *a posteriori*, calcada na qualidade e na transparência dos fundamentos adotados pelos julgadores.

Sob o argumento de que o Direito deve ser íntegro, desprovido de lacunas, ignora-se que, por vezes, o vazio normativo é proposital, pois algumas questões deveriam fiar fora do alcance do Poder Judiciário para serem resolvidas em outras esferas da convivência humana. Parece ser esse o caso do abandono afetivo. É adequado que o Direito se reserve no papel de punir o pai faltoso apenas nas faltas graves, com a perda do poder familiar, não porque esta seja a única punição merecida pelo pai faltoso, mas porque este é o único meio pelo qual uma decisão jurídica poderá, de um lado, observar as regras de qualidade de fundamentação e, de outro lado, respeitar o espaço reservado à esfera da intimidade afetiva das pessoas, onde o Estado não é capaz de ingressar e, portanto, não deveria interferir.

CONCLUSÃO

O presente trabalho iniciou-se a partir do questionamento sobre o significado dos termos abandono afetivo e dever de cuidado. Para melhor compreender o discurso dos juristas em torno do tema da responsabilidade civil por abandono afetivo, optou-se por realizar uma pesquisa empírica, por meio da busca de julgados perante o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Estaduais.

Realizar o levantamento de julgados sobre a matéria se mostrou tarefa desafiadora. Cada corte pesquisada conta com sistema de pesquisa de julgados diferenciado o que, por vezes, representava dificuldade para a busca destes junto ao banco de dados no espaço correto de cada sítio eletrônico.

A alta quantidade de julgados encontrados na fase da pesquisa exploratória (1.400) superou as expectativas iniciais do trabalho. Separá-los de acordo com o problema de pesquisa demandou muita atenção e cuidado para que não se desprezasse algum julgado pertinente, ou se selecionasse algum caso que tratasse de assunto diverso. Nesta primeira fase, foi valiosa a contratação de pesquisadora auxiliar, o que imprimiu maior celeridade na classificação dos julgados pertinentes à matéria, bem como o *download* do inteiro teor destes, quando disponível.

Os casos identificados como pertinentes ao tema de pesquisa (no total, 245) também representaram quantitativo superior ao esperado inicialmente. A leitura do inteiro teor de todos os julgados, aliada à seleção dos principais fundamentos utilizados pelos julgadores, demandou tempo considerável da pesquisadora, por se tratar de incumbência crucial para o desenvolvimento do trabalho conforme proposto.

A Metodologia de Análise de Decisões (MAD) mostrou-se ferramenta bastante útil para o estudo das decisões pesquisadas. A MAD permite que o pesquisador faça uma escolha informada sobre o recorte institucional do trabalho. Além disso, auxilia na identificação do problema de pesquisa a partir de soluções práticas para organizar os dados obtidos a partir da pesquisa exploratória, bem como para tratá-los a partir da identificação dos principais fundamentos utilizados nas decisões pesquisadas.

A partir dos dados obtidos nesta pesquisa, foi possível observar que, ao longo do período pesquisado (janeiro de 2004 a dezembro de 2014), houve um aumento do

número de casos levados ao Poder Judiciário que tratam da responsabilidade civil por abandono afetivo. O primeiro ano pesquisado, 2004, teve a identificação de apenas um julgado sobre o tema, ao passo que, em 2013, houve o registro de 51 julgados e, em 2014, os casos somam 39.

Essas informações permitem a inferência de que a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo ganhou força ao longo dos anos pesquisados e podem indicar que, se mantido o padrão observado, as pessoas continuarão a buscar o Poder Judiciário para obtenção de reparação civil em casos similares, o que revela a importância do estudo do tema.

A identificação do ponto central dos argumentos utilizados pelos julgadores foi crucial para avaliar e comparar os dados obtidos. A partir da leitura dos julgados, foi possível identificar quais fundamentos eram utilizados com maior frequência, o que permitiu a catalogação destes para posterior análise. A leitura também permitiu identificar a quantidade de julgados que não se ocupavam de definir o dever jurídico que se compreendia como violado, o que indicou um dado preocupante acerca da forma como as decisões são tomadas. A título de exemplo, em 34% dos julgados classificados como “Admissível”, os julgadores se resumiram a transcrever outros julgados sobre o tema ou dispositivos legais que entendiam aplicáveis ao caso, mas não houve justificção da necessidade de replicá-los naquela situação concreta. Tais julgados não poderiam, portanto, servir de base para o estudo da coerência e consistência dos fundamentos utilizados pelos julgadores.

Uma vez descartados os julgados cuja fundamentação se mostrava deficitária, a catalogação dos principais argumentos utilizados pelos julgadores para sustentar a adesão à tese da inadmissibilidade ou da admissibilidade da responsabilidade civil por abandono afetivo foi relevante para que se realizasse uma reflexão crítica sobre a adequação de cada um deles.

Essa reflexão permitiu a identificação de argumentos considerados secundários: cabimento de destituição do poder familiar; possível resultado negativo do julgamento de casos de abandono afetivo pelo Poder Judiciário; impossibilidade de reparação da dor sofrida pelo filho; impossibilidade de identificação do nexo causal; necessidade de tutela da dignidade da pessoa humana. Os argumentos foram considerados secundários porque, muito embora possam ser corretos em parte, não

têm o condão de responder definitivamente sobre a adequação da responsabilidade civil do pai faltoso.

Ainda que se considere que é possível a identificação do nexo causal entre a prática de abandono afetivo por parte do pai e o sofrimento do filho; ainda que se considere que esta forma de sofrimento configura dano moral; ainda que se pondere sobre eventuais efeitos deletérios de uma decisão judicial; é somente a partir da identificação da prática de um ato ilícito por parte do pai que a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo seria viável.

Portanto, o foco da pesquisa passou a repousar sobre o que se considerou o ponto central da tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, qual seja, a definição do dever de cuidado. É no significado desta obrigação que se encontra o problema de pesquisa, uma vez que é a partir da compreensão do dever de cuidado que se poderá argumentar se há ou não violação de um dever jurídico, o que configuraria a prática de ato ilícito, pressuposto essencial da responsabilidade civil. É também a partir da compreensão do dever de cuidado que será possível afirmar se o Poder Judiciário estaria sendo provocado a impor um dever de afeto entre pais e filhos ou não.

Os julgados adeptos ao entendimento sustentado no Caso 1 defendem que o reconhecimento da responsabilidade civil por abandono afetivo implicaria na compreensão de que um pai seria responsabilizado por não nutrir afeto por seu filho, de modo que o dever jurídico violado trataria de verdadeiro dever de amar. Os julgados adeptos à tese do Caso 2 sustentam que o dever de amar trata da esfera íntima do ser humano, intangível pela norma jurídica, mas que o dever de cuidado tem por objeto o comportamento do pai, independentemente do sentimento nutrido pelo filho.

Antes da análise dos principais argumentos dos julgados, porém, optou-se pelo estudo dos elementos do discurso preconizado pela doutrina jurídica pátria, a fim de identificar se há uma correlação entre o discurso dos julgadores e dos juristas considerados referência sobre o tema, bem como refletir sobre possíveis efeitos desse discurso.

A partir da leitura dos julgados classificados como “Admissível”, observou-se uma forte influência da dignidade da pessoa humana e de doutrinadores contemporâneos identificados como adeptos ao Direito Civil Constitucional, pelo que

se realizou um breve estudo das principais características do discurso em torno desses temas.

Observou-se que a concepção jurídica de dignidade da pessoa humana sofre influência da filosofia cristã e da obra de Immanuel Kant. A doutrina cristã apregoa a compreensão de que o valor da pessoa decorre do simples fato de ser humano, a quem se conferiu o exercício do livre arbítrio. Cada pessoa merece reconhecimento de seu valor como criatura divina e deve poder delinear sua vida a partir de suas escolhas. Immanuel Kant propõe ideia semelhante ao afirmar que o fundamento da dignidade da pessoa humana reside na natureza racional do ser humano, o que permite o exercício de sua autonomia para formulação da pauta de valores que guiará as escolhas feitas por cada um. Por ser um fim em si mesmo, a pessoa não pode ser utilizada como meio para o alcance de objetivos alheios e não pode ser reduzida a um objeto precificado.

A concepção de dignidade como algo intrínseco ao ser humano influencia a compreensão jurídica do termo. A dignidade da pessoa humana é tida, pelos juristas pesquisados, como algo que precede o Estado e o ordenamento jurídico – um valor supralegal, a que estão vinculados todos os Poderes. O Estado deve servir ao ser humano, promovendo a dignidade de todos. O termo é concebido pela doutrina referida como princípio jurídico; fonte precípua dos direitos fundamentais; elemento hermenêutico integrativo das normas do sistema jurídico, o que indica a relevância dada à dignidade da pessoa humana no discurso jurídico.

Há uma frequente referência à proeminência dada à dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. Pela primeira vez, o legislador constituinte previu este princípio como fundamento da república federativa, além de fazer referência ao termo em outros trechos do texto constitucional. A inserção da dignidade da pessoa humana nos termos expostos no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, parece ter dado força à ideia de que se trata de um valor pré-existente ao Estado e, portanto, supralegal, conforme se observou no discurso da doutrina jurídica pesquisada.

Afirmar que o ordenamento jurídico apenas reconhece a dignidade da pessoa humana, e não a cria, pode facilitar o recurso retórico a este princípio para a defesa e a legitimação de uma proposição jurídica, sem que exija do intérprete a exposição do significado do termo para o caso concreto. A ideia de que o ordenamento jurídico não

cria a dignidade da pessoa humana, em certa medida, justifica que não cabe ao jurista defini-la, já que o termo, supralegal, está em constante construção e seria limitador conceituá-lo. No entanto, ainda que se admita que a dignidade da pessoa humana, como um valor filosófico, careça de definição precisa, o intérprete, ao utilizá-la como fundamento jurídico para uma decisão, deveria ocupar-se de definir, para o caso concreto, em que medida a dignidade da pessoa humana necessita de proteção. Do contrário, o recurso ao princípio da dignidade da pessoa humana terá apenas o condão de conferir aparência de legitimidade a uma proposição jurídica, acobertando uma falha no raciocínio argumentativo e dando azo à arbitrariedade no uso do termo. É o que parece ter ocorrido nos julgados identificados como adeptos à tese do “Caso 2”.

A ideia da constitucionalização do Direito Civil tem adesão de representantes da doutrina jurídica contemporânea. A referida corrente doutrinária defende que, mais do que contornos para a norma ordinária, as normas constitucionais têm um efeito de irradiação de seus valores para conferir unidade a todo o ordenamento jurídico, e podem ser utilizadas como fonte normativa direta. Entre os autores adeptos ao Direito Civil Constitucional difunde-se a compreensão de que o Direito Civil foi a principal fonte normativa do ordenamento jurídico, bem como que o Código Civil inspirado no Código Napoleônico tinha era calcado nos valores do no patrimonialismo e no individualismo. Para o Direito Civil Constitucional, o foco do ordenamento jurídico deve ser a pessoa humana, ideia que teria sido acolhida pelo constituinte de 1988, ao se inserir a dignidade da pessoa humana como fundamento da república brasileira.

Segundo a doutrina da constitucionalização do direito civil, com a edição de leis extravagantes, observa-se a fragmentação das normas de direito civil, razão pela qual a unidade do sistema jurídico é conferida pelas normas e princípios constitucionais. Visto que a dignidade da pessoa humana é tida como o princípio máximo da Constituição Federal, propõe-se que o cerne das normas civis repouse sobre este valor. A partir dessa premissa, defende-se um direito civil “despatrimonializado” ou “repersonalizado”: deve-se proteger o “ser” antes do “ter”.

Esse discurso repercute na compreensão das normas de Direito de Família. A família – antes indissolúvel, criada exclusivamente pelo casamento – passa a ser entendida como uma unidade em que os membros compartilham comunhão de vida, merecedora da proteção estatal independentemente do vínculo matrimonial. A

definição jurídica de família, influenciada pelo discurso da constitucionalização do Direito Civil, acolhe as ideias de dignidade da pessoa humana e de afeto: a família é vista como o primeiro espaço social em que a dignidade da pessoa humana será protegida e promovida, a partir da formação de laços de afeto.

A inserção do afeto como uma característica da concepção jurídica de família facilitou o reconhecimento de grupos familiares antes não protegidos por lei (família monoparental, união estável e união homoafetiva, por exemplo). No entanto, de elemento característico da família, a afetividade passa a ser percebida como um princípio do Direito de Família e, para alguns autores, como um dever imposto aos seus membros, o que promove a ideia de dever de cuidado entre pais e filhos.

É possível afirmar que o discurso da doutrina do Direito Civil Constitucional reforça a ideia de que ao ordenamento jurídico cumpre a promoção da dignidade da pessoa humana, o que, no Direito de Família, parece ter reforçado a noção de que a afetividade é objeto das normas jurídicas. A doutrina da constitucionalização do Direito Civil é utilizada por alguns dos julgadores nos casos pesquisados e classificados como “Admissível” para fundamentar a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo, o que permite inferir que há um apoio, por parte da doutrina jurídica contemporânea, no sentido de que o Poder Judiciário trate do tema do abandono afetivo.

A leitura dos argumentos apresentados pelos autores defensores da constitucionalização do Direito Civil pode fazer parecer que o dever de convivência entre pais e filhos decorre de norma contemporânea, prevista apenas no Código Civil de 2002, formulado a partir dos valores estampados na Constituição Federal. No entanto, o Código Civil de 1916 já previa o dever dos pais de ter sua prole sob sua guarda e companhia, bem como de dirigir-lhe a educação. Mesmo com a previsão expressa do dever de convivência e de educação dos pais com relação aos filhos, a tese do abandono afetivo não era debatida na doutrina jurídica do Século XX. A má condução dos poderes-deveres parentais poderia ensejar a responsabilidade penal dos pais, assim como a destituição do pátrio poder (atualmente, poder familiar).

Com o advento da Constituição Federal, em 1988, a compreensão dos deveres parentais não se alterou. A doutrina pesquisada reconhece que as normas constitucionais atuais promoveram uma modernização do Direito de Família, por meio, inclusive, da inserção de novos princípios que afetam essa disciplina jurídica (tal como o princípio da igualdade entre homens e mulheres), mas não menciona o dever de

cuidado como uma expressão decorrente do texto constitucional. Deduz-se que o cuidado afetivo dos pais com relação aos filhos é tido como uma questão moral. A falha ao prestar assistência afetiva ao filho é vista como causa de destituição do poder familiar, mas não como fonte de responsabilidade civil.

É possível inferir que a ideia de dever de cuidado não decorre da Constituição Federal, mas se trata de construção doutrinária, defendida por parte de estudiosos que defendem a constitucionalização do Direito Civil e difundida entre alguns dos julgadores pátrios. A ideia de afetividade como um dever entre os membros da entidade familiar não é extraída diretamente do texto constitucional, nem da lei civil, mas desenvolvida a partir de uma particular interpretação dessas normas, conferida por juristas identificados como adeptos ao Direito Civil Constitucional.

O discurso dessa corrente doutrinária promoveu uma mudança na percepção do significado dos deveres parentais, legitimando a apreensão, pelo ordenamento jurídico, de fenômenos antes considerados impassíveis de serem submetidos a ele. O dever de convivência deixa de ser uma regra norteadora do poder familiar e passa a ser tido como uma obrigação jurídica, o que promove a expansão da jurisdição para a esfera da convivência íntima dos membros de uma família.

A doutrina do Direito Civil Constitucional, que reforça o discurso da dignidade da pessoa humana, parece ser a origem retórica da defesa de que o Direito deve repousar seu foco sobre a pessoa (em oposição ao foco sobre o patrimônio), o que facilita a legitimação e a naturalização da expansão da jurisdição, tida como inevitável, na medida em que se defende que é preciso que se assegure a máxima efetividade das garantias constitucionais – sendo a principal destas a dignidade da pessoa humana. Sem uma definição clara do significado do princípio da dignidade da pessoa humana, diversos problemas sociais podem ser levados ao Poder Judiciário simplesmente partir da referência a este princípio.

A pressuposição da legitimidade da jurisdição é problemática na medida em que esta deveria ser alcançada por meio da fundamentação das proposições jurídicas, voltadas para as características do caso concreto, e não por meio da repetição de um discurso generalizante, o que pode conduzir à discricionariedade ou à arbitrariedade na tomada de decisões judiciais. A questão torna-se ainda mais problemática ao se observar que há um estímulo a adoção de uma postura proativa e criativa por parte do jurista.

A defesa da força normativa da constituição a qualquer custo pode conduzir à compreensão de que cabe ao jurista, em face da ausência de norma reguladora de um determinado caso concreto, formular a solução deste a partir dos princípios e valores constitucionais, sem que se pondere que a lacuna jurídica pode ser proposital. Algumas questões não estão previstas no ordenamento jurídico porque não cabe a este regulá-las, mas a outras esferas do conhecimento e da atuação humana, tais como a Política, a Economia e a Moral.

O tema do abandono afetivo desafia a reflexão sobre o limite entre o Direito e a Moral. Deve-se reconhecer a importância desse limite, uma vez que é a partir desta separação que se limita a interferência do Estado na vida privada e evita-se a regulação excessiva e injustificada do comportamento humano. O Direito deve regular o comportamento humano na medida em que haja fundamento razoável para tanto e que seja possível universalizar a desejada regulação. Cumpre questionar, portanto, se tal é viável no caso da imposição de um dever de cuidado.

A partir da identificação do problema de pesquisa e dos argumentos utilizados pelos julgadores e pela doutrina, o trabalho se propôs responder se é possível compreender em que consiste o dever jurídico de cuidado; se a imposição deste dever compromete a boa fundamentação das decisões; se é interessante, na prática, que o Direito absorva demandas dessa natureza.

O dever jurídico deve ser, primeiramente, universalizável. Ao prescrever o comportamento humano, a lei deve estabelecer um padrão capaz de ser replicado em situações similares, assegurando a lógica da norma e evitando que seja dado tratamento diverso para situações similares ou tratamento idêntico para situações diversas. O respeito à universalidade assegura, portanto, a isonomia no cumprimento da regra imposta.

No caso específico da responsabilidade civil por abandono afetivo, pode-se argumentar que a regra universal que guiaria o raciocínio jurídico em casos de reconhecimento desta responsabilidade poderia ser formulada, de forma simplificada, da seguinte maneira: Se houve violação do dever de cuidado (“f”) *então* haverá o dever de reparar o dano moral (“q”).

Uma completa justificação deste raciocínio impõe que o formulador da regra especifique quais atos são considerados violadores do dever de cuidado, aptos a

configurar o abandono afetivo. Em outras palavras, o formulador da regra deverá descrever, visando à universalidade da regra, quais são os deveres parentais e por que se entende que esses foram violados no caso concreto, permitindo que a solução “q” seja replicada sempre que as mesmas circunstâncias fáticas forem encontradas. A descrição objetiva das palavras de valor tornará o discurso passível da análise crítica e racional.

O estudo realizado na presente pesquisa indicou que a doutrina jurídica não cumpre bem a tarefa de descrição das circunstâncias fáticas consideradas aptas a configurar o abandono afetivo. A defesa da tese da responsabilidade civil em casos tais é, via de regra, feita de forma genérica. Em alguns dos autores pesquisados, houve apenas referência à violação do dever de visitas por parte do pai como uma possível causa de abandono afetivo, sem maiores detalhamentos de outras condutas que poderiam ser consideradas violadoras do dever de cuidado.

Os julgados selecionados e identificados como “Admissível” representaram dificuldade na compreensão do significado de abandono afetivo. Primeiramente, observou-se que, em 34% dos casos, não houve sequer a descrição dos fatos considerados relevantes para o reconhecimento do dever de indenizar, o que indica insuficiência na fundamentação dos julgadores, prejudicial à racionalidade das decisões.

Nos julgados que se ocuparam de identificar quais fatos foram considerados para configurar o ato ilícito praticado pelo pai, notou-se a ausência de uniformidade na formulação da regra jurídica. É comum o recurso a fórmulas genéricas, apoiadas no texto da lei, sem que se faça a correspondência entre este e as circunstâncias do caso concreto. As condutas consideradas como abandono afetivo são diversas: falta de carinho; ausência na formação moral dos filhos; o não reconhecimento da paternidade e a não-visitação do filho.

O presente trabalho defende, a partir desta observação, que é razoável concluir que há uma instabilidade semântica indesejável sobre o significado de abandono afetivo, na medida em que não se verificou coerência nos argumentos que foram utilizados para construção do termo. Os fundamentos analisados, em especial aqueles utilizados pelos julgadores, não permitem compreender o conteúdo do dever de cuidado, o que compromete a racionalidade na formulação da regra de conduta e, conseqüentemente a segurança jurídica. Não é possível afirmar, com firmeza, quais

condutas serão consideradas violadoras do dever de cuidado, o que dificulta o cumprimento da regra por parte de seus destinatários.

A deficiência na formulação na regra permite inferir que há prejuízo não somente no que tange à universalidade e à coerência das decisões. O requisito da consistência também restou afetado. Espera-se que as decisões observem (não contradigam) normas vinculantes preestabelecidas no ordenamento jurídico. No Capítulo 2, observou-se que, tradicionalmente, o amparo afetivo entre pais e filhos não era cogitado como causa de responsabilidade civil, entendimento que foi alterado pelos julgados pesquisados. Conquanto se reconheça o valor da inovação na interpretação de normas jurídicas, deve-se considerar que, quem quer que pretenda introduzir uma inovação no ordenamento jurídico, deve fazê-lo por meio de uma decisão exaustivamente fundamentada, que explicita não apenas os argumentos que levaram à escolha das premissas, mas também justifique o erro da norma vinculante estabelecida previamente, o que não se verificou na doutrina nem nos julgados pesquisados.

Examinou-se outra possível incoerência no discurso justificador da responsabilidade civil por abandono afetivo. A leitura dos julgados e da doutrina indica que parte dos juristas que defendem a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo reconhece que ao Direito não cabe impor o dever de amar (o afeto seria tema próprio da Moral), razão pela qual se verifica uma preocupação em diferenciar o dever de amar e o dever de cuidar. Outra parcela de juristas, contudo, admite não haver diferença entre dever de cuidado e dever de afeto, o que representa uma dificuldade inicial na compreensão do cuidado como um dever jurídico.

Contudo, mesmo para aqueles que se ocupam de diferenciar o dever de cuidado da imposição de afeto entre pais e filhos, ao descreverem os contornos do dever de cuidado, tendem a tratar da importância do cultivo de um sentimento entre estes. A presente pesquisa identificou que há, nos julgados pesquisados, expressa referência, por exemplo, aos termos carinho, afeto, amor, amparo emocional ou espiritual, o que parece comprometer a coerência do argumento: afirma-se, de um lado, que não se está a falar de dever de amar; de outro lado, identifica-se o ato ilícito do pai no fato de não expressar adequada ou suficientemente o sentimento de afeto pelo filho.

Os termos utilizados pelos julgadores para delinear o abandono afetivo permitem a conclusão de que os casos não tratam da mera reprodução de um comportamento esperado dos pais, mas de seu efetivo envolvimento sentimental com a prole. O abandono é “afetivo”, o que revela a dificuldade de se diferenciar o dever de cuidado do dever de nutrir afeto por parte dos pais. Apesar dos esforços de se separar o fenômeno jurídico do afetivo, na prática, o argumento não é convincente, pois não é possível diferenciar o amparo psicossocial prestado ao filho do afeto a ele dedicado. Amor e cuidado são termos relacionados e tratá-los de forma diferenciada pode prejudicar a racionalidade da decisão.

As falhas apontadas nos fundamentos que permeiam o tema da responsabilidade civil por abandono afetivo representam um problema porque aceitar uma argumentação deficitária abala a legitimidade das decisões jurídicas, na medida em que prejudicam a transparência dessas. É possível inferir que os juristas adeptos à tese da responsabilidade civil por abandono afetivo criaram uma diferença conceitual artificial entre amor e cuidado como subterfúgio para alcançar o resultado moral desejado, o que não parece compatível com o exercício de um Poder no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

A incoerência e a falta de transparência das decisões são ainda mais perniciosas quando se discute a imposição de um dever jurídico, vez que as penalidades legais podem ser mais severas do que uma repressão moral. Quando o Estado entra em ação para orientar coercitivamente a conduta humana, limita-se o exercício da liberdade das pessoas, o que evidencia a relevância de uma criteriosa fundamentação para configuração de uma obrigação jurídica.

Seria possível suplantiar os problemas formais apontados na pesquisa por meio do estabelecimento de critérios claros e objetivos sobre o cumprimento do dever de cuidado (descrição objetiva das palavras de valor). Por exemplo, poder-se-ia considerar atendido o núcleo mínimo de cuidados quando o pai cumpre um período “x” de visitas, ou realiza uma determinada quantidade de ligações, ou comparece a eventos festivos de interesse do filho com uma frequência “y”. Desse modo, seria respeitada, ao menos, a universalidade da regra, capaz de ser replicada em casos similares.

Contudo, ainda que se garantisse a qualidade formal dos fundamentos sobre o tema, entende-se que é inviável falar-se em obrigação jurídica que tenha por conteúdo

o afeto sem que se admita uma indesejável invasão do Direito sobre o campo da Moral, pois o Estado estaria legitimado a invadir a esfera da intimidade e da própria psique humana. Ademais, questiona-se a possibilidade de se impor a alguém dever jurídico de difícil (se não impossível) verificação a respeito de seu adimplemento, o que abala a segurança jurídica. O afeto não é fenômeno apto a ser apreendido pela norma jurídica. Persistir na tentativa de regulá-lo poderá representar a multiplicação de decisões judiciais incoerentes e desprovidas de universalidade.

É preciso reconhecer que há uma louvável intenção dos juristas que defendem a tese da responsabilidade civil por abandono afetivo: preservar o filho menor de potenciais prejuízos causados pela ausência paterna. Entretanto, o Direito não parece ser o instrumento adequado para prevenir o dano potencial ao desenvolvimento da criança ou do adolescente.

Impor uma obrigação de convivência de forma artificial, independente do sentimento nutrido pelo pai, pode ser tão ou mais prejudicial para a formação psicológica da pessoa que se pretende proteger, de acordo com os estudos citados no presente trabalho. É o que ocorre, por exemplo, nos casos de pais que residem com os filhos, mas se apresentam afetivamente ausentes. A tese adotada no Caso 2 seria, então, aplicável até mesmo nos casos em que o par parental não se separou, o que também se apresenta problemático.

Mais uma vez, a questão se volta para a adequação de o Estado interferir no modo como as pessoas devem expressar a sua afetividade nas relações íntimas, o que parece ser inadequado, visto que nem o ordenamento jurídico nem os seus operadores contam com instrumentos de análise e compreensão do abandono afetivo.

Cabe ponderar por que motivo uma conduta antes considerada pelos juristas como tema exclusivo da Moral passou a ser considerada um ato ilícito. Acredita-se que a mudança de entendimento sobre o abandono afetivo não decorra simplesmente de uma nova interpretação dada ao texto legal, mas advenha de um contexto social que fomenta o acolhimento, pelo sistema jurídico, de problemas sociais antes reservados a outros campos.

Algumas características da sociedade contemporânea podem ter influenciado na visibilidade do fenômeno do abandono afetivo. A formação dos vínculos familiares, na atualidade, se dá de forma mais fluida, por meio de laços solúveis e, por vezes,

efêmeros. A pressuposição de que gerar um filho estabelece uma relação parece contrastar com a realidade atual dos relacionamentos familiares. Ademais, a profunda dedicação ao outro pode parecer paradoxal quando há um estímulo à valorização do individualismo e à fluidez dos laços afetivos.

Os índices de separação entre os casais cresceram nos últimos anos, promovendo o terreno no qual, via de regra, o abandono afetivo se desenvolve. A separação do par parental tende a sobrecarregar a mulher, a quem é atribuída o exercício da guarda. Consequentemente, com a separação, a mulher passa a ser a principal responsável pela criação dos filhos, enquanto o pai afasta-se do núcleo familiar em busca da formação de novos laços afetivos. Nesse contexto, conviver com o filho pode ser visto como fonte de problemas e sofrimento, o que enfraquece a relação paterno-filial.

Aliado a esses fatores, observa-se um enfraquecimento do papel parental, o que ocorre não apenas em razão da fluidez dos vínculos afetivos contemporâneos, mas também pela criação de profissões especializadas no atendimento de crianças e adolescentes, o que parece retirar uma parcela da legitimidade e da autoridade dos pais sobre uma parcela de questões acerca da criação e educação da prole.

A queda na proeminência do papel parental enfraquece a sua função normatizante em face dos filhos, e pode estimular a busca por outras fontes de normatividade do comportamento humano. O Poder Judiciário, neste cenário, é admitido como um “pai simbólico” e conclamado a repreender o pai faltoso, impondo a ele o dever de adotar condutas consideradas mais adequadas socialmente.

No presente trabalho, foram utilizados os conceitos de campo, *habitus* e capital simbólico à luz da teoria de Pierre Bourdieu. O campo jurídico é caracterizado como detentor de alto capital simbólico, ao exercer, de forma quase exclusiva, o poder de nomeação e de imposição da violência simbólica.

Observou-se que os litígios que tratam de responsabilidade civil por abandono afetivo tratam majoritariamente de ações movidas contra os pais, sendo que apenas 05 dos casos pesquisados contavam com a mãe no polo passivo. A partir desta constatação, é possível inferir que a mulher busca no Poder Judiciário uma forma de reequilibrar a relação, socialmente desigual, mantida com o pai, amparando-se no capital simbólico do Poder Judiciário. É razoável concluir que as demandas desta

natureza indiquem um desejo de que o Estado interfira na desequilibrada relação entre pai, mãe e prole, a fim de que aquele seja oficialmente nominado como uma pessoa faltosa, de modo a compensar a menor concentração de capital simbólico em torno das figuras da mãe e do filho abandonado.

O anseio pela nomeação e punição do pai faltoso, aliado ao discurso (neo)constitucionalista, estimula, em certa medida, a ideia de uma legitimidade pressuposta do Estado para interferir na relação familiar, impondo o dever de cuidado entre pais e filhos. É socialmente aceitável que o pai faltoso seja punido e o discurso (neo)constitucionalista, ao apregoar que é atribuição do Direito a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana e dos demais valores constitucionais, promove e naturaliza a ideia de que a expansão da jurisdição é uma consequência inexorável, em face da natureza das normas constitucionais e do papel que se espera do Poder Judiciário na promoção desses valores.

Entretanto, insistir na ideia de que o campo jurídico é adequado para solucionar todas as formas de conflito social pode ser problemático na medida em que se admite o risco do uso desmedido da violência simbólica para aplacar anseios e contendas que deveriam ser solucionados por meio da interação dos atores sociais. Acolher a atribuição de solucionar qualquer tipo de conflito social pode implicar em uma conduta paternalista por parte do Estado, enfraquecedora das relações sociais, uma vez que é retirado dos atores o poder de negociação e resolução de seus próprios conflitos. Quando se trata da afetividade, parece-nos mais adequado que o Direito não interfira na interação dos atores sociais, a fim de que estes possam construir soluções compatíveis com as características de cada caso concreto.

O problema se agrava ainda mais quando a imposição de um dever jurídico é feita sem a observância de uma fundamentação coerente e consistente, o que indica, no caso da responsabilidade civil por abandono afetivo, o uso simbólico das normas jurídicas como meio de se alcançar o resultado moral desejado: o discurso de punição do pai faltoso.

O uso simbólico dessas normas tende a banalizá-las, na medida em que, ao utilizá-las como razão de decidir, não se explicita o seu conteúdo, o que empobrece o discurso jurídico e incrementa a sensação de insegurança jurídica, uma vez que se abre espaço para o exercício discricionário no preenchimento do sentido de uma norma. É necessário que o Poder Judiciário conquiste e reafirme a legitimidade de

seus comandos por meio da transparência e da qualidade de suas decisões, e não se apoie em uma ideia que naturalize a sua interferência em outros campos sociais.

Quanto à punição do pai faltoso, ao Direito cabe o reconhecimento de seus limites. Muito embora se possa desejar outras formas de punição deste, defende-se que a destituição do poder familiar é o único recurso jurídico adequado porque não representa uma interferência do Estado na esfera da intimidade das pessoas, representada pela expressão da afetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. *Pai, aproxima de mim esse cálice: significações de juízes e promotores sobre a função paterna no contexto da justiça*. Curitiba: Maresfield Gardens, 2014.

BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*. Trad.: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. n. 240, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In *Revista Interesse Público*. Porto Alegre: Notadez. Ano 7, n. 33, set./out. 2005.

BARZOTTO, Luiz Fernando. Pessoa e reconhecimento – uma análise estrutural da dignidade da pessoa humana. In FILHO, Agassiz Almeida. MELGARÉ, Plínio. (Orgs.) *Dignidade da Pessoa Humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In FILHO, Agassiz Almeida. MELGARÉ, Plínio. (Orgs.) *Dignidade da Pessoa Humana – fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Trad. Mariza Correa. Campinas: Papirus, 1996.

_____. *O Poder Simbólico*. Trad.: Fernando Thomaz. 7.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

_____. *Coisas ditas*. Trad. Cássia R. da Silveira e Denie Moreno Pegorim. Rev. Paula Montero. São Paulo: Brasiliense, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugido – o ativismo judicial. In FELLET, Andre Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPODIVM, 2011.

BRUNO, Denise Duarte. *Jurisdicionalização, racionalização e carisma: as demandas de regulação das relações familiares ao Poder Judiciário gaúcho*. Porto Alegre: 2006. Tese de Doutorado em Sociologia apresentada perante a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/10249>>.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judicial do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DE CARVALHO, Maria do Carmo Brant. *A família contemporânea em debate*. 6.ed. São Paulo: EDUC / Cortez, 2003.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo Judicial ou Criação Judicial do Direito?* Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. Por uma visão mais plural da pesquisa jurídica. *ConJur*. ago. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-30/dimitri-dimoulis-visao-plural-pesquisa-juridica>

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. Gildo Sá Leitão Rios. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luis Edson. *Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos E. Pianovski. In TORRES, Silvia Faber (supervisora); TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FACHIN, Luis Edson; FACHIN, Melina Girardi. Direitos humanos e dignidade à luz do STF: Constituição e debate sobre pesquisas com células-tronco embrionárias. In COSTA FILHO, Venceslau Tavares; CASTRO JUNIOR, Torquato da Silva. (Coord.) *A Modernização do direito Civil – Volume II*. Recife: Nossa Livraria, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil. Vol. 1*. 11.ed. Salvador: Jus Podivm. 2013.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa*. v. 175, 2007.

_____. Decisões Jurídicas e Teoria Lingüística: O Prescritivismo Universal de Richard Hare. *Revista de Informação Legislativa*, v. 178, 2008.

_____. *Intervenção Judicial nos contratos e a aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. *Metodologia de Análise de Decisões – MAD*. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-17, jul./dez. 2010.

FREITAS FILHO, Roberto; LIRA, Daiane, Nogueira; ARAÚJO, Felipe Dantas; VIEIRA, Patrícia Ribeiro; COSTA, Roberta Pereira Negrão; LIMA, Thalita M.; GONÇALVES, Thiago de Oliveira; PRADO, Wagner Junqueira. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF. *Universitas/Jus*, v. 22:2, p. 179, 2011.

GOMES, Orlando. Direito de família. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GEBARA, Gassen Zaki. Neoconstitucionalismo e jurisdição constitucional. In *Revista Jurídica UNIGRAN*. Dourados. v. 8, n. 6, jul./dez. 2006.

HARE, R. M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HERRERA, Edgardo López. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. In PEREIRA, Tania da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KALOUSTIAN, Siolvio Manoug (Org.) *Família brasileira, a base de tudo*. 4.ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNICEF, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

LAGE, Livia Regina Savergnini Bissoli. O novo papel do Judiciário e a teoria da separação dos poderes: judicialização de direitos?, In *Revista de Processo*, v. 35, n. 184, jun. 2010.

LIMA, Helenice Gama Dias de. (Coord.) *Construindo caminhos para a intervenção psicossocial no contexto da Justiça*. Brasília: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, nº. 141, Brasília, 1999.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. In NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Et all.* (Coord.) Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. *Direito Civil: Famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Socioafetividade no direito de família: a persistente trajetória de um conceito fundamental. In DIAS, Maria Berenice et.al. (Coords.) *Afeto e estruturas familiares*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Anjos. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MCCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Retórica e o Estado de Direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MCCORMICK, Neil. *Instituciones Del Derecho*. Trad. Fernando Atria e Samuel Tschorne. Madrid: Marcial Pons, 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos fundamentais. 3.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DE MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo IX. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. São Paulo: Bookseller, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MULLER, Pierre. L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique. In: *Revue française de science politique*, 50e année, n°2, 2000.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do Direito*. Trad.: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Reconhecimento de paternidade e seus efeitos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Trad. Verginia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *O Direito Civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo ambiguo. In CARBONELL, Miguel. (coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luis Edson. (Coord.) *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Justiça e Exclusão Social. *Anais da XII da Conferência Nacional da OAB*. 1999.

ROCHA, J. V. Castelo Branco. *O pátrio poder*. 2.ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1978.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Riscos de uma pesquisa empírica em Direito no Brasil. *ConJur*. ago. 2013. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-ago-07/direito-comparado-riscos-certa-pesquisa-empirica-direito-brasil?imprimir=1>

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: direito de família*. Vol. 6. 23.ed. Rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTA MARIA, José Serpa. *Curso de Direito Civil: direito de família*. (Continuação da obra de Miguel Maria de Serpa Lopes) Vol. VIII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

STRECK, Lênio. *Cada um pediu uma república só sua; e o advogado, só um cafezinho! Feliz!* Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-07/senso-incomum-cada-republica-advogado-cafe-feliz>

SUREL, Yves. Las políticas públicas como paradigmas. In: *Estudios Políticos*. ISSN 0121-5167, n. 33, Medellín, julio-diciembre de 2008.

TARTUCE, Flávio. SIMIÃO, José Fernando. *Direito Civil, v.5: direito de família*. 8.ed. São Paulo: Método, 2013.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3.ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TORRES, Sílvia Faber (supervisora); TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

VIANNA, Luiz Werneck. *Corpo e alma da magistratura brasileira*, Rio de Janeiro, Revan, 1997.

VILLEGAS, Mauricio García; RODRIGUEZ, César A. Derecho y sociedade en América Latina: propuesta para la consolidación de los estudios jurídicos críticos. In *Colección En Clave de Sur*. 1a ed. ILSA: Bogotá, 2003.

ZANETI JR., Hermes. A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional, *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: ano 18, n. 70, abr./jun. 2010.

TABELA DE JULGADOS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento* 692541. Primeira Turma. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Julgado em 25/08/2015. Publicado no DJe em 21/09/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo* 893253. Primeira Turma. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 04/08/2015. Publicado no DJe em 25/08/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo* 745745. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 02/12/2014. Publicado no DJe em 19/12/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Súmula n. 7. Julgado em 28/06/1990. Publicado no DJU em 03/07/1990.

Julgados Selecionados na Segunda Fase da MAD

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 757.411/MG. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Julgado em 29/11/2005. Publicado no DJe em 27/03/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 514.350/SP. Quarta Turma. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Julgado em 28/04/2009. Publicado no DJe em 25/05/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.159.242/SP. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/04/2012. Publicado no DJe em 10/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* 1.298.576/RJ. Quarta Turma. Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão. Julgado em 21/08/2012. Publicado no DJe em 06/09/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20050610110755. Quarta Turma Cível. Relator: Desembargador Fernando Habbe. Julgado em 04/08/2010. Publicado no DJe em 09/08/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20080710316235. Terceira Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 03/07/2013. Publicado no DJe em 16/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20120111907707. Terceira Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 18/06/2014. Publicado no DJe em 04/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Apelação Cível* 131.468-4/188 (200803696919). Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Geraldo Gonçalves da Costa. Julgado em 18/08/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 2.0000.00.408550-5/000. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Unias Silva. Julgado em 01/04/2004. Publicado no DJe em 29/04/2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0499.07.006379-1/002. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Luciano Pinto. Julgado em 27/11/2008. Publicado no DJe em 09/01/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0024.07.790961-2/001. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Alvimar de Ávila. Julgado em 11/02/2009. Publicado no DJe em 16/03/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0251.08.026141-4/001. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Alvimar de Ávila. Julgado em 29/10/2009. Publicado no DJe em 09/12/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0707.05.095951-9/001. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Nepomuceno Silva. Julgado em 08/07/2010. Publicado no DJe em 23/07/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0144.11.001951-6/001. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Wanderley Paiva. Julgado em 27/02/2013. Publicado no DJe em 29/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0145.07.411698-2/001. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Carlos Levenhagen. Julgado em 16/01/2014. Publicado no DJe em 23/01/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 377551-7. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Eugenio Achille Grandinetti. Julgado em 30/11/2006. Publicado no DJe em 12/01/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 639544-4. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Nilson Mizuta. Julgado em 04/03/2010. Publicado no DJe em 04/03/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 768524-9. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge de Oliveira Vargas. Julgado em 26/01/2012. Publicado no DJe em 22/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 640566-7. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto Portugal Bacellar. Julgado em 13/12/2012. Publicado no DJe em 28/01/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 986880-4. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Joeci Machado Camargo. Julgado em 02/10/2013. Publicado no DJe em 07/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 2007.001.11909. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Miranda de Medeiros Francisco. Julgado em 24/04/2007. Publicado no DJe em 04/05/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 2007.001. 45918. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Werson Franco Pereira Rego. Julgado em 22/11/2007. Publicado no DJe em 09/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Embargos Infringentes* 2009.005.00182. Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo. Julgado em 30/06/2009. Publicado no DJe em 10/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 2009.001.41668. Oitava Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira. Julgado em 30/10/2009. Publicado no DJe em 20/10/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 0154617-61.2010.8.19.0001. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Cherubin Helcias Schwartz Junior. Julgado em 03/05/2012. Publicado no DJe em 07/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. *Apelação Cível* 2013.009482-5. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Amaury Moura Sobrinho. Julgado em 29/08/2013. Publicado no DJe em 29/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Embargos Infringentes* 70019769520. Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 15/06/2007. Publicado no DJe em 04/07/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70020676631. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 06/09/2007. Publicado no DJe em 17/09/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70021427695. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudir Fidelis Faccenda. Julgado em 29/11/2007. Publicado no DJe em 07/12/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70022648075. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade. Julgado em 24/01/2008. Publicado no DJe em 01/02/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70022661649. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 14/05/2008. Publicado no DJe em 20/05/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70021592407. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 15/05/2008. Publicado no DJe em 23/05/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70024047284. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schimtz. Julgado em 20/06/2008. Publicado no DJe em 26/06/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70024351322. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 19/11/2008. Publicado no DJe em 26/11/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70026428714. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 18/02/2009. Publicado no DJe em 26/02/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70026680868. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 25/03/2009. Publicado no DJe em 03/04/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70029347036. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 11/11/2009. Publicado no DJe em 18/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70032449662. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 26/05/2010. Publicado no DJe em 04/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70040268732. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 22/09/2011. Publicado no DJe em 27/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70040604498. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 14/07/2011. Publicado no DJe em 20/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70035087097. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 14/09/2011. Publicado no DJe em 16/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70045481207. Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 28/03/2012. Publicado no DJe em 02/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70044696359. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 28/11/2012. Publicado no DJe em 30/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70050203751. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 22/11/2012. Publicado no DJe em 27/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70052059417. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 07/02/2013. Publicado no DJe em 14/02/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70054827019. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 26/09/2013. Publicado no DJe em 02/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2010.026873-7. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Julgado em 15/06/2010. Publicado no DJe em 23/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2010.029238-1. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Julgado em 15/06/2010. Publicado no DJe em 30/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2011.033410-1. Sexta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Ronei Danielli. Julgado em 27/10/2011. Publicado no DJe em 22/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2011.073787-1. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 02/08/2012. Publicado no DJe em 09/08/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2009.070299-8. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 13/12/2012. Publicado no DJe em 18/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2012.029067-5. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Trindade dos Santos. Julgado em 11/04/2013. Publicado no DJe em 23/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2012.083670-1. Primeira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Raulino Jacó Brüning. Julgado em 16/07/2013. Publicado no DJe em 22/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2014.026543-4. Quarta Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber. Julgado em 30/10/2014. Publicado no DJe em 05/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 01366862. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Antonio de Godoy. Julgado em 31/07/2007. Sem informação sobre a data de publicação.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0001644686. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Antonio de Godoy. Julgado em 11/03/2008. Publicado no DJe em 25/03/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 361.389.4/2-00. Sétima Câmara "B" de Direito Privado. Relatora: Daise Fajardo Jacot. Julgado em 26/11/2008. Publicado no DJe em 17/12/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0002074792. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Julgado em 11/12/2008. Publicado no DJe em 18/12/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0002343441. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Julgado em 21/05/2009. Publicado no DJe em 03/06/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0002772643. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Julgado em 26/11/2009. Publicado no DJe em 21/01/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0003408317. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Percival Nogueira. Julgado em 17/02/2011. Publicado no DJe em 28/02/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0003434928. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Julgado em 24/02/2011. Publicado no DJe em 03/03/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0003494182. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Coelho Mendes. Julgado em 05/04/2011. Publicado no DJe em 20/04/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0003675784. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Sebastião Carlos Garcia. Julgado em 08/09/2011. Publicado no DJe em 13/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20130000318364. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Antonio de Godoy. Julgado em 04/06/2013. Publicado no DJe em 06/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20130000508864. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos. Julgado em 27/08/2013. Publicado no DJe em 28/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000057568. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Ambra. Julgado em 29/01/2014. Publicado no DJe em 07/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000128656. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Coelho Mendes. Julgado em 11/03/2014. Publicado no DJe em 12/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000194707. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Theodureto Camargo. Julgado em 26/03/2014. Publicado no DJe em 02/04/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000241417. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgado em 24/04/2014. Publicado no DJe em 25/04/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000272353. Sexta Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Ana Lucia Romanhole Martucci. Julgado em 08/05/2014. Publicado no DJe em 12/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000287266. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ramon Mateo Júnior. Julgado em 14/05/2014. Publicado no DJe em 16/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000638989. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Julgado e publicado no DJe em 09/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 20140000677546. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Giffoni Ferreira. Julgado em 21/10/2014. Publicado no DJe em 23/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação Cível* 201400803473. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Cezário Siqueira Neto. Julgado em 07/05/2014. Sem informação sobre a data de publicação.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Tocantins. *Apelação Cível* 10.270. 2ª Turma da 1ª Câmara Cível. Relatora: Juíza Célia Regina Regis. Julgado em 10/10/2011. Publicado no DJe em 28/10/2011.

Julgados Dispensados na Segunda Fase da MAD

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação Cível* 8933-3/2008. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Josevando Sousa Andrade. Julgado em 03/02/2009. Sem informação de data de publicação.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Bahia. *Apelação Cível* 0000899-97.2012.8.05.0216-0. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Augusto de Lima Bispo. Julgado em 07/10/2013. Publicado no DJe em 09/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20050410025043. Quarta Turma Cível. Relator: Desembargador Fernando Habibe. Julgado em 04/08/2010. Publicado no DJe em 09/08/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20070110318449. Sexta Turma Cível. Relator: Desembargador Nilsoni de Freitas. Julgado em 25/08/2010. Publicado no DJe em 02/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20090110114820. Segunda Turma Cível. Relator: Desembargador J.J. Costa Carvalho. Julgado em 13/04/2011. Publicado no DJe em 27/04/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20120110174852. Primeira Turma Cível. Relatora: Desembargadora Simone Lucindo. Julgado em 03/04/2013. Publicado no DJe em 09/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20090110466999. Terceira Turma Cível. Relator: Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira. Julgado em 03/07/2013. Publicado no DJe em 16/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20120510101419. Primeira Turma Cível. Relator: Desembargador Alfeu Machado. Julgado em 10/04/2013. Publicado no DJe em 15/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20120510075984. Terceira Turma Cível. Relator: Desembargador Getúlio Moraes Oliveira. Julgado em 12/06/2013. Publicado no DJe em 28/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20131210027535. Sexta Turma Cível. Relatora: Desembargadora Ana Cantarino. Julgado em 29/01/2014. Publicado no DJe em 04/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20120310283113. Segunda Turma Cível. Relator: Desembargador Sérgio Rocha. Julgado em 28/05/2014. Publicado no DJe em 02/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios *Apelação Cível* 20120110447605^a. Segunda Turma Cível. Relator: J.J. Costa Carvalho. Julgado em 14/05/2014. Publicado no DJe em 13/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Cível* 20140710162878. Quinta Turma Cível. Relator: Desembargador Sebastião Coelho. Julgado em 24/09/2014. Publicado no DJe em 06/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Apelação Cível*. 199947-24.2010.8.09.0110 (201091999473). Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Fernando de Castro Mesquita. Julgado em 03/12/2013. Publicado no DJe em 17/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás. *Apelação Cível* 201293567787. Terceira Turma Julgadora da Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Carlos Roberto Favaro. Julgado em 14/01/2014. Publicado no DJe em: 27/01/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação Cível* 5050-77.2013.10.0138 (60326/2013). Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Duailibe. Julgado em 31/03/2014. Publicado no DJe em 09/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0433.07.209413-2/001. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador José Antônio Braga. Julgado em 14/08/2007. Publicado no DJ em 01/09/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0702.03.056438-0/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. Julgado em 25/09/2007. Publicado no DJ em 22/01/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0024.06.005493-9/001. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Alberto Aluizio Pacheco de Andrade. Julgado em 29/01/2008. Publicado no DJ em 20/05/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0499.08.010925-3/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Alberto Vilas Boas. Julgado em: 16/03/2010. Publicado no DJ em 07/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0701.07.186399-0/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Armando Freire. Julgado em 23/03/2010. Publicado no DJe em 14/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0024.08.954724-4/001. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Batista de Abreu. Julgado em 10/11/2010. Publicado no DJe em 21/01/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0313.06.187404-3/002. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Batista de Abreu. Julgado em 12/11/2010. Publicado no DJe em 21/01/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0701.10.011701-2/001. Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Guilherme Luciano Baeta Nunes. Julgado em 02/08/2011. Publicado no DJe em 12/08/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0472.08.017785-1/001. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador José Flávio de Almeida. Julgado em 09/11/2011. Publicado no DJe em 18/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0720.09.052727-9/001. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador José Flávio de Almeida. Julgado em 18/01/2012. Publicado no DJe em 30/01/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0024.10.310279-4/001. 1ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Geraldo Augusto. Julgado em 13/03/2012. Publicado no DJ em 23/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0145.08.475498-8/001. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Osmando Almeida. Julgado em 13/12/2011. Publicado no DJe em 10/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0105.05.145297-4/001. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Gutemberg da Mota e Silva. Julgado em 22/05/2012. Publicado no DJe em 05/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0194.09.099785-0/001. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Tiago Pinto. Julgado em 07/02/2013. Publicado no DJe em 18/02/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0702.11.013785-9/001. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Wanderley Paiva. Julgado em 13/03/2013. Publicado no DJ em 15/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível* 1.0480.12.014687-7/001. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Versiani Penna. Julgado em 16/10/2014. Publicado no DJe em 24/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Cível* 2009.022400-9. Quarta Turma Cível. Relator: Desembargador Rêmolio Letteriello. Julgado em 08/09/2009. Publicado no DJe em 17/09/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. *Apelação Cível* 38110/2009. Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador Donato Fortunato Ojeda. Julgado em 05/08/2009. Publicado no DJe em 26/11/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba *Apelação Cível* 200.2007.765804-1/001. Terceira Câmara Cível. Relator: Desembargador Saulo Henriques de Sá e Benevides. Julgado em 27/03/2012. Publicado no DJe em 02/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba *Apelação Cível* 001.2011.006.650-1/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Leandro dos Santos. Julgado em 13/11/2012. Publicado no DJe em 22/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça da Paraíba. *Apelação Cível* 025.2008.004.713-4/001. Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Leandro dos Santos. Julgado em 18/02/2014. Publicado no DJe em 25/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Agravado Regimental 0002144-50.2010.8.17.0000. Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Leopoldo de Arruda Raposo. Julgado em 03/03/2010. Publicado no DJe em 17/03/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Piauí. *Apelação Cível* 2012.0001.001412-8. Segunda Câmara Especializada Cível. Relator: Desembargador José James Gomes Pereira. Julgado em 04/09/2013. Publicado no DJe em 17/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 576938-4. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Arquela Araujo Ribas. Julgado em 17/12/2009. Publicado no DJe em 17/08/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 1027825-2. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Desembargador João Domingos Kuster Puppi. Julgado em 28/08/2013. Publicado no DJe em 19/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Cível* 1137779-0. Câmara Cível. Relator: Desembargador João Domingos Küster Puppi. Julgado em 14/05/2014. Publicado no DJe em 04/06/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. *Agravado de Instrumento* 1161182-2. Câmara Cível. Relator: Desembargador Mário Helton Jorge. Julgado em 23/07/2014. Publicado no DJe em 04/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 0012003-04.2004.8.19.0208. Décima Primeira Câmara Cível. Relator: Desembargador Claudio de Mello Tavares. Julgado em 11/04/2007. Publicado no DJe em 25/04/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 0138069-34.2005.8.19.0001. Nona Câmara Cível. Relator: Desembargador Joaquim Abilio Moreira Alves de Brito. Julgado em 11/09/2007. Publicado no DJe em 01/10/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 0233184-09.2010.8.19.0001. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Wagner Cinelli de Paula Freitas. Julgado em 27/02/2013. Publicado no DJe em 05/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Cível* 0001312-84.2012.8.19.0034. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo. Julgado em 19/11/2013. Publicado no DJe em 25/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Roraima. *Apelação Cível* 0042878-12.2009.8.22.0009. Segunda Câmara Cível. Relator: Juiz José Torres Ferreira. Julgado em 21/09/2011. Publicado no DO em 27/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70016205825. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em 11/04/2007. Publicado no DJe em 26/04/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70019239037. Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Julgado em 18/07/2007. Publicado no DJe em 30/07/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70019263409. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 08/08/2007. Publicado no DJe em 28/08/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70021770177. Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Berenice Dias. Julgado em 07/11/2007. Publicado no DJe em 14/11/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70021633128. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador André Luiz Planella Villarinho. Julgado em 22/10/2008. Sem informação sobre a data de publicação.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70029285277. Sétima. Câmara Cível. Relator: Desembargador José Conrado de Souza Júnior. Julgado em 24/06/2009. Publicado no DJe em 02/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70029951639. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 16/07/2009. Publicado no DJe em 23/07/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70030142285. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Alzir Felipe Schmitz. Julgado em 30/07/2009. Publicado no DJe em 11/08/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70028673572. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 30/09/2009. Publicado no DJe em 06/10/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70033848615. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Julgado em 14/04/2010. Publicado no DJe em 23/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70034280040. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Julgado em 23/06/2010. Publicado no DJe em 02/07/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70032196883. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 25/08/2010. Publicado no DJe em 02/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70033931593. Sétima Câmara Cível. Relator: José Conrado de Souza Júnior. Julgado em 01/09/2010. Publicado no DJe em 13/09/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70036776078. Sexta Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 26/01/2011. Publicado no DJe em 23/02/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70039266200. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 24/02/2011. Publicado no DJe em 04/03/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70040764656. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 07/04/2011. Publicado no DJe em 15/04/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70040615510. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Roberto Carvalho Fraga. Julgado em 29/06/2011. Publicado no DJe em 05/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70036286664. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 14/09/2011. Publicado no DJe em 19/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70044265460. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 01/12/2011. Publicado no DJe em 05/12/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70046220463. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 16/02/2012. Publicado no DJe em 23/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70039215975. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 28/02/2013. Publicado no DJe em 04/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70031658396. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 13/12/2012. Publicado no DJe em 18/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70058026790. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 20/03/2014. Publicado no DJe em 24/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70051574481. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Rui Portanova. Julgado em 16/05/2013. Publicado no DJe em 21/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70055074777. Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 28/08/2013. Publicado no DJe em 02/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70055587992. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 28/08/2013. Publicado no DJe em 04/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70054858345. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos. Julgado em 29/08/2013. Publicado no DJe em 04/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70056484413. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 23/10/2013. Publicado no DJe em 25/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70055772750. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 31/10/2013. Publicado no DJe em 05/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70056129950. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 14/11/2013. Publicado no DJe em 20/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70057013567. Oitava Câmara Cível. Relator: Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl. Julgado em 12/12/2013. Publicado no DJe em 17/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70056971989. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em 18/12/2013. Publicado no DJe em 21/01/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70060154150. Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 02/07/2014. Publicado no DJe em 07/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70061007886. Sétima Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em 24/09/2014. Publicado no DJe em 29/09/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível* 70061971735. Sétima Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 18/11/2014. Publicado no DJe em 24/11/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2006.007021-8. Primeira Câmara de Direito Civil. Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Julgado em 17/04/2007. Publicado no DJe em 04/05/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2008.057288-0. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Fernando Carioni. Julgado em 11/11/2008. Publicado no DJe em 08/01/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2006.012075-7. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Mazoni Ferreira. Julgado em 04/12/2008. Publicado no DJe em 05/02/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2010.023344-2. Segunda Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Jaime Luiz Vicari. Julgado em 20/05/2010. Publicado no DJe em 10/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2012.005438-5. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Julgado em 27/03/2012. Publicado no DJe em 09/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Cível* 2013.086591-8. Terceira Câmara de Direito Civil. Relator: Desembargador Marcus Tulio Sartorato. Julgado em 18/02/2014. Publicado no DJe em 21/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 198.663-4/0-00. Sexta Câmara “A” de Direito Privado. Relator: Desembargador Rubens Hideo Arai. Julgado em 29/04/2005. Sem informação sobre data de publicação.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 394.834-4/0-00. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Beretta da Silveira. Julgado em 30/05/2006. Sem informação sobre data de publicação.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 504.295-4/4-00. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Soares Rossi. Julgado em 08/11/2007. Publicado no DJe em 28/11/2007.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 556.208-4/4-00. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Beretta da Silveira. Julgado em 27/05/2008. Publicado no DJe em 04/06/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0130836-57.2006.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Julgado em 15/05/2008. Publicado no DJe em 17/06/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 559-619-4/1-00. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Beretta da Silveira. Julgado em 24/06/2008. Publicado no DJe em 11/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 577.181.4/3-00. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Julgado em 11/09/2008. Publicado no DJe em 30/09/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9066223-40.2004.8.26.0000. Sétima Câmara B de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Daise Fajardo Jacot. Julgado em 26/11/2008. Publicado no DJe em 17/12/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9216109-79.2005.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Francisco Loureiro . Julgado em 04/06/2009. Publicado no DJe em 26/06/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9124155-44.2008.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ênio Santerelli Zuliani. Julgado em 17/09/2009. Publicado no DJe em 30/09/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 469.212-4/3-00. Décima Câmara “D” de Direito Privado. Relator: Desembargador Guilherme Santini Teodoro. Julgado em 02/09/2009. Publicado no DJe em 11/09/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 307.860-4/7-00. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Grava Brazil. Julgado em 24/11/2009. Publicado no DJe em 06/01/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9068270-16.2006.8.26.0000. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Ribeiro da Silva. Julgado em 24/03/2010. Publicado no DJe em 06/04/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0342153-63.2009.8.26.0000. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Donegá Morandini. Julgado em 27/04/2010. Publicado no DJe em 03/05/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9286480-63.2008.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Elcio Trujillo. Julgado em 09/06/2010. Publicado no DJe em 21/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0060063-16.2008.8.26.0000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Roberto Solimene. Julgado em 17/06/2010. Publicado no DJe em 29/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9098531-95.2005.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Antonio Costa. Julgado em 06/04/2011. Publicado no DJe em 11/04/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0009134-23.2007.8.26.0320. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Elcio Trujillo. Julgado em 18/05/2011. Publicado no DJe em 20/05/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0029551-93.2008.8.26.0309. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Enio Zuliani. Julgado em 30/06/2011. Publicado no DJe em 01/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 011633964.2008.8.26.0001. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Coelho Mendes. Julgado em 05/07/2011. Publicado no DJe em 05/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0006138-65.2008.8.26.0272. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Theodureto Camargo. Julgado em 13/07/2011. Publicado no DJe em 19/07/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0086836-40.2004.8.26.0000. Nona Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Viviani Nicolau. Julgado em 06/09/2011. Publicado no DJe em 09/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 916422659.2006.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador J.L. Mônaco da Silva. Julgado em 28/09/2011. Publicado no DJe em 29/09/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 911282062.2007.8.26.0000. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Neves Amorim. Julgado em 22/11/2011. Publicado no DJe em 22/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 912575889.2007.8.26.0000. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator:

Desembargador Neves Amorim. Julgado em 22/11/2011. Publicado no DJe em 23/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 917254749.2007.8.26.0000. Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Moreira Viegas. Julgado em 23/11/2011. Publicado no DJe em 24/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9199720-77.2009.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Teixeira Leite. Julgado em 16/02/2012. Publicado no DJe em 24/02/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 907848262.2007.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Coelho Mendes. Julgado em 28/02/2012. Publicado no DJe em 06/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 012369516.2008.8.26.0000. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Neves Amorim. Julgado em 06/03/2012. Publicado no DJe em 08/03/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 925144372.2008.8.26.0000. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos. Julgado em 03/04/2012. Publicado no DJe em 06/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0017141-95.2010.8.26.0482. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Beretta da Silveira. Julgado em 15/05/2012. Publicado no DJe em 16/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9094157-31.2008.8.26.0000. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Egidio Giacoia. Julgado em 29/05/2012. Publicado no DJe em 31/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 001570237.2009.8.26.0562. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Helio Faria. Julgado em 30/05/2012. Publicado no DJe em 01/06/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 001124533.2011.8.26.0451. Nona Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Lucila Toledo. Julgado em 05/06/2012. Publicado no DJe em 11/06/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 027561333.2009.8.26.0000. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Grava Brazil. Julgado em 13/06/2012. Publicado no DJe em 13/06/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 920691783.2009.8.26.0000. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Ambra. Julgado em 13/06/2012. Publicado no DJe em 21/06/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0009250-67.2009.8.26.0220. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Natan Zelinschi de Arruda. Julgado em 28/06/2012. Publicado no DJe em 12/07/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 913685785.2009.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Antonio Costa. Julgado em 12/09/2012. Publicado no DJe em 17/09/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 912439567.2007.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador J.L. Mônaco da Silva. Julgado em 14/11/2012. Publicado no DJe em 20/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 002804336.2010.8.26.0344. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Moreira Vargas. Julgado em 28/11/2012. Publicado no DJe em 29/11/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0005047-68.2007.8.26.0370. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Grava Brazil. Julgado em 27/11/2012. Publicado no DJe em 01/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 000568880.2010.8.26.0619. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Carlos Henrique Miguel Trevisan. Julgado em 29/11/2012. Publicado no DJe em 04/12/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 925384274.2008.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Cesar Ciampolini. Julgado em 19/02/2013. Publicado no DJe em 06/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 002827234.2008.8.26.0451. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Helio Faria. Julgado em 06/03/2013. Publicado no DJe em 08/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 013632507.2008.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone. Julgado em 19/03/2013. Publicado no DJe em 21/03/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0000931-76.2012.8.26.0165. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Edson Luiz de Queiroz. Julgado em 20/02/2013. Publicado no DJe em 02/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 911265981.2009.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone. Julgado em 26/03/2013. Publicado no DJe em 03/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 9187372-61.2008.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Roberto Maia. Julgado em 09/04/2013. Publicado no DJe em 12/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0302572-41.2009.8.26.0000. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador João Pazine Neto. Julgado em 16/04/2013. Publicado no DJe em 16/04/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 911867806.2009.8.26.0000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Claudio Godoy. Julgado em 21/05/2013. Publicado no DJe em 22/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0006041-21.2010.8.26.0361. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Galdino Toledo Júnior. Julgado em 21/05/2013. Publicado no DJe em 22/05/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0005376-04.2011.8.26.0156. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Luiz Ambra. Julgado em 26/06/2013. Publicado no DJe em 27/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 001711297.2005.8.26.0004. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Elcio Trujillo. Julgado em 30/07/2013. Publicado no DJe em 31/07/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0218648-55.2011.8.26.0100. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Donegá Morandini. Julgado em 30/07/2013. Publicado no DJe em 06/08/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0000328-80.2010.8.26.0356. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Fábio Podestá. Julgado em 28/08/2013. Publicado no DJe em 04/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0005938-77.2009.8.26.0125. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Alexandre Marcondes. Julgado em 17/09/2013. Publicado no DJe em 17/09/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0011854-50.2008.8.26.0506. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Vito Guglielmi. Julgado em 17/10/2013. Publicado no DJe em 21/10/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0029964-04.2010.8.26.0482. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Paulo Alcides. Julgado em 14/11/2013. Publicado no DJe em 19/11/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0043798-22.2010.8.26.0564. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Rui Cascaldi. Julgado em 03/12/2013. Publicado no DJe em 07/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0138219-18.2008.8.26.0000. Primeira Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Marcia Regina Dalla Déa Barone. Julgado em 10/12/2013. Publicado no DJe em 13/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 000078797.2011.8.26.0275. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Helio Faria. Julgado em 11/12/2013. Publicado no DJe em 17/12/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0330688-57.2009.8.26.0000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo e Silva Júnior. Julgado em 25/02/2014. Publicado no DJe em 28/02/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0039312-47.2012.8.26.0071. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador João Pazine Neto. Julgado em 18/03/2014. Publicado no DJe em 20/03/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0109368-23.2009.8.26.0003. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Miguel Brandi. Julgado em 02/04/2014. Publicado no DJe em 04/04/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0004066-40.2012.8.26.0022. Terceira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Donegá Morandini. Julgado em 01/04/2014. Publicado no DJe em 03/04/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0023108-35.2012.8.26.0003. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos. Julgado em 01/04/2014. Publicado no DJe em 03/04/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0024590-91.2012.8.26.0302. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Paulo Eduardo Razuk. Julgado em 29/04/2014. Publicado no DJe em 01/05/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0108164-41.2009.8.26.0100. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Miguel Brandi. Julgado em 07/07/2014. Publicado no DJe em 07/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0004284-10.2010.8.26.0452. Segunda Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador José Joaquim dos Santos. Julgado em 15/07/2014. Publicado no DJe em 17/07/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 3004261-79.2009.8.26.0506. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Piva Rodrigues. Julgado em 05/08/2014. Publicado no DJe em 08/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0003846-89.2012.8.26.0653. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Rui Cascaldi. Julgado em 26/08/2014. Publicado no DJe em 27/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0026434-60.2012.8.26.0566. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Natan Zelinschi de Arruda. Julgado em 04/09/2014. Publicado no DJe em 09/09/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 1005660-57.2014.8.26.0554. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Desembargador Paulo Eduardo Razuk. Julgado em 09/09/2014. Publicado no DJe em 10/09/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Cível* 0700491-58.2012.8.26.0579. Nona Câmara de Direito Privado. Relatora: Desembargadora Lucila Toledo. Julgado em 30/09/2014. Publicado no DJe em 01/10/2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação Cível* 2008205677. Primeira Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Maria Aparecida Santos Gama da Silva. Julgado em 15/07/2008. Publicado no DJe em 17/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Sergipe. *Apelação Cível* 2012217038. Grupo III da Segunda Câmara Cível. Relatora: Juíza Iolanda Santos Guimarães. Julgado em 14/10/2013. Publicado no DJe em 18/10/2013.